University of Groningen

Pignus nominis

Smit, A.J.H.

DOI:
[10.33612/diss.111890062](https://doi.org/10.33612/diss.111890062)

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
2020

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):
Smit, A. J. H. (2020). *Pignus nominis: De verpanding van vorderingen naar Romeins recht.* [, Rijksuniversiteit Groningen]. Rijksuniversiteit Groningen. <https://doi.org/10.33612/diss.111890062>

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Pignus nominis

rijksuniversiteit
 groningen

Pignus nominis

De verpanding van vorderingen naar Romeins
 recht

Proefschrift

ter verkrijging van de graad van doctor aan de
 Rijksuniversiteit Groningen
 op gezag van de
 rector magnificus prof. dr. C. Wijmenga
 en volgens besluit van het College voor Promoties.

De openbare verdediging zal plaatsvinden op

donderdag 16 januari 2020 om 14.30 uur

door

Anna Jantje Hadewina Smit

geboren op 18 mei 1985
 te 's-Gravenhage

Promotor

Prof. mr. J.H.A. Lokin

Beoordelingscommissie

Prof. mr. J.E. Jansen

Prof. mr. E. Koops

Prof. dr. dr. h.c. mult. R. Zimmermann

De afbeelding op de omslag is een paneel van een van de bronzen deuren van de *Supreme Court* van de Verenigde Staten te Washington D.C. Het paneel is gemaakt door John Donnelly jr.

Foto: Jeffrey Isaac Greenberg 2 / Alamy Stock Photo

Omslagontwerp: Textcetera, Den Haag

© 2020 A.J.H. Smit | Boom juridisch

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.stichting-pro.nl).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-94-6290-730-0

ISBN 978-94-6094-521-2 (e-book)

NUR 820

Aan mijn ouders

Inhoudsopgave

INLEIDING	1
1 <i>PIGNUS NOMINIS</i> IN HET KORT	7
2 <i>PIGNUS NOMINIS</i>: PRAETORISCH RECHT	11
2.1 De actie als hoeksteen van het Romeinse recht	11
2.2 Praetorisch recht	15
3 DE PLAATS VAN EEN VORDERING IN HET ROMEINSE RECHTSBESTEL	19
3.1 Een vordering was de actieve zijde van een verbintenis	19
3.2 Vorderingsrecht en rechtsvordering. Enige opmerkingen over het afdwingen van een vordering door middel van een persoonlijke actie aan de hand van het onderscheid tussen persoonlijke en zakelijke acties	23
3.3 Een vordering als onlichamelijke zaak	35
3.3.1 Gaius' onderscheid tussen lichamelijke en onlichamelijke zaken	35
3.3.2 Het <i>ius obligationis</i> als onlichamelijke zaak met daarbij enige opmerkingen over het juridisch belang van het onderscheid tussen lichamelijke en onlichamelijke zaken	45
3.4 De onmogelijkheid een vordering te bezitten	51
3.5 De onoverdraagbaarheid van een vordering met daarbij enige opmerkingen over de wegen om de onoverdraagbaarheid heen	59
3.5.1 Schuldvernieuwing	60
3.5.2 <i>Procurator in rem suam</i>	70
3.5.3 Een <i>actio utilis</i> voor de 'cessionaris'	72
3.5.4 De verhouding van de <i>actio utilis</i> van de 'cessionaris' en de <i>actio utilis</i> van de pandhouder	77

4 DE PLAATS VAN HET PANDRECHT IN HET ROMEINSE STELSEL VAN ZEKERHEDEN	83
4.1 Borgtocht	83
4.2 <i>Fiducia cum creditore</i>	88
4.3 <i>Pignus</i> en <i>hypotheca</i>	90
4.3.1 De oorsprong van de ‘beperkte zekerheidsrechten’	91
4.3.2 <i>Pignus</i> en <i>hypotheca</i> : vestiging, voorrang en verhaal	94
5 HET PANDRECHT ALS ‘BEPERKT RECHT’	103
5.1 <i>Ius in re</i> tegenover <i>dominium</i>	103
5.2 Het ‘beperkte recht’ als onlichamelijke zaak	122
5.3 Rechten op rechten?	128
5.3.1 Geen rechten op rechten, maar <i>actiones utiles</i> en <i>nemo plus</i>	128
5.3.2 Herverpanding	141
6 PIGNUS NOMINIS: OORSPRONG EN TERMINOLOGIE	151
6.1 Verpanding van vorderingen vastgelegd in een schuldbekentenis	152
6.2 Verpanding van de ‘ <i>nomen debitoris</i> ’	169
7 PIGNUS NOMINIS: VERPANDING DOOR EEN ENKELE OVEREENKOMST	173
8 PIGNUS NOMINIS: RECHTSGEVOLG VAN HET MEDE-DELEN VAN DE VERPANDING AAN DE SCHULDENAAR VAN DE VERPANDE VORDERING	181
9 PIGNUS NOMINIS: INNING DOOR DE <i>ACTIO UTILIS</i> VAN DE PANDHOUDER	193
9.1 De <i>actiones utiles</i> in het algemeen	193
9.2 <i>Actiones utiles</i> voor ‘beperkt gerechtigden’	203
9.3 <i>Actiones utiles</i> die ertoe leiden dat een ander dan de schuldeiser een vordering inde	209
9.4 Technieken die de praetor gebruikte bij het formuleren van <i>actiones utiles</i>	214
9.4.1 <i>Actiones ficticiae</i>	215
9.4.2 Verwisseling van personen	217
9.4.3 Een voorbeeld: de <i>formula</i> van de <i>actio utilis</i> van de ‘cessionaris’	224

9.5	<i>Pignus nominis</i> : de <i>formula</i> van de <i>actio utilis</i>	239
9.5.1	Elementen die de pandhouder moest bewijzen bij de rechter op grond van de <i>formula</i>	239
9.5.2	Reconstructie van de <i>formula</i> van de <i>actio utilis</i>	243
10	<i>PIGNUS NOMINIS</i>: VERHAAL	267
10.1	Het geïnde was een geldbedrag: verrekening	267
10.2	Het geïnde was geen geldbedrag: het geïnde ' <i>pignoris loco</i> '	274
11	<i>PIGNUS NOMINIS</i>: EXECUTIE OP EEN ANDERE WIJZE DAN DOOR INNING?	279
	CONCLUSIE	283
	SAMENVATTING	293
	SUMMARY	319
	BIJLAGE: OVER INTERPOLATIES IN DE <i>CODEX</i>	335
	LITERATUURLIJST	339
	TREFWOORDENREGISTER	369
	BRONNENREGISTER	373

Inleiding

Pignus nominis

De verpanding van vorderingen naar Romeins recht

Verpanding is sinds de invoering van het Burgerlijk Wetboek in 1992 (hierna: BW) dé wijze waarop een zekerheidsrecht kan worden gevestigd op een vordering. Vóór 1992 werd een vordering doorgaans fiduciair in eigendom overgedragen. De praktijk maakte gebruik van deze constructie, niet omdat verpanding van een vordering onbekend was in het toenmalige BW, maar onder meer omdat de mogelijkheid ontbrak het pandrecht stil te vestigen. Met de invoering van het BW kwam echter een einde aan de fiduciaire overdracht tot zekerheid, aangezien de wetgever in het derde lid van artikel 3:84 BW bepaalde dat een rechtshandeling die ten doel heeft een goed over te dragen tot zekerheid geen geldige titel is voor de overdracht van dat goed. Verpanding is sindsdien het middel voor het vestigen van een zekerheidsrecht op een vordering.¹ De constructie roept echter vragen op.

Eén van die vragen vloeit voort uit de alom geaccepteerde kwalificatie van het pandrecht als absoluut recht, dat wil zeggen als recht dat tegenover eenieder kan worden ingeroepen.² Een vordering, dat wil zeggen de actieve zijde van een verbintenis, is echter een persoonlijk of relatief recht dat slechts tegen een of meer bepaalde personen kan worden uitgeoefend. Een schuldeiser heeft slechts een persoonlijk recht tegen zijn schuldenaar. Kan het dan wel zo zijn dat hij een absoluut recht vestigt ten behoeve van de pandnemer?

¹ Een uitzondering vormt de mogelijkheid een vordering fiduciair over te dragen in het kader van een financiële zekerheidsovereenkomst. Deze mogelijkheid vloeit voort uit de EG-richtlijn financiële zekerheidsovereenkomsten (Richtlijn nr. 2002/47/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 6 juni 2002 betreffende financiële zekerheidsovereenkomsten). De richtlijn is geïmplementeerd in artikel 7:51 BW en volgende.

² Zie bijvoorbeeld Asser/Van Mierlo 3-VI 2016/104.

Onder het Oude Burgerlijke Wetboek (hierna: OBW) redde men zich uit deze paradoxale situatie door de verpanding van een vordering te zien als de vestiging van een pandrecht op het absolute recht bij uitstek, te weten het eigendomsrecht.³ Eigenaar was men in het destijds geldende recht niet slechts van lichamelijke zaken – in onze huidige terminologie de voor menselijke beheersing vatbare stoffelijke objecten – maar ook van onlichamelijke zaken, die tegenwoordig worden aangeduid als ‘beperkte rechten’ en vorderingsrechten.⁴ Uitgaande van de vereenzelviging van de zaak met het eigendomsrecht rustte het pandrecht steeds op een zaak. Het pandrecht was daardoor altijd een zakelijk recht.

Het begrip onlichamelijke zaak is afkomstig uit het Romeinse recht. Gaius maakte in de tweede eeuw n. Chr. het onderscheid tussen lichamelijke en onlichamelijke zaken. Zwolve schreef het idee dat men eigenaar kon zijn van onlichamelijke zaken net zoals van lichamelijke zaken toe aan Hugo de Groot.⁵ Meijers, de ontwerper van ons BW, had bezwaar tegen deze constructie:

‘De mening, dat ieder vorderingsrecht tegelijk een eigendomsrecht over een onlichamelijke zaak en dus een zakelijk recht geeft, verwacht alles.’⁶

Deze mening vertroebelde de binnen het vermogensrecht fundamentele dichotomie tussen de *iura in re*, de zakelijke rechten, en de *iura in personam*, de persoonlijke rechten.⁷ Het was onmogelijk een zuiver onderscheid te maken tussen het zakenrecht en het verbintenissenrecht doordat de schuldeiser zowel een persoonlijk, als een zakelijk recht had. Meijers probeerde een einde te maken aan de verwarring door in het BW slechts de voor menselijke beheersing vatbare stoffelijke objecten als zaak aan te merken.⁸ Eigendom is enkel mogelijk van zaken in deze enge zin.⁹ De stelling dat de verpanding van een vordering een zakelijk recht en dus een absoluut recht oplevert, kan sindsdien niet langer worden gerechtvaardigd door de constructie van een eigendomsrecht op een onlichamelijke zaak.

Door de eeuwen heen is telkens de vraag gesteld of aan de pandhouder van een vordering een persoonlijk of een zakelijk recht, of een persoonlijke of een zakelijke rechtsvordering toekomt. Verpanding van een vordering was reeds bekend in het Romeinse recht. De Romeinen dankten de mogelijkheid vorderingen te verpanden aan de praetor. De praetor was een magistraat, die was

³ Zie hierover bijvoorbeeld De Jong 2006, p. 30.

⁴ Zie de artikelen 555 jo. 559 jo. 625 OBW.

⁵ Zie Zwolve 1994-2, p. 5.

⁶ Zie Meijers 1948, p. 280.

⁷ Zie Meijers 1954, p. 159.

⁸ Zie artikel 3:2 BW. Uit de toelichting van Meijers valt af te leiden dat dit enge zaaksbegrip het Duitse burgerlijk wetboek navolgde. Zie Meijers 1954, p. 159-160.

⁹ Zie artikel 5:1 BW.

belast met de rechtspraak. Het was de praetor die de pandhouder een rechtsmiddel gaf, een zogenoemde *actio utilis*. Een *actio utilis* was een actie die naar het voorbeeld van een bestaande actie werd gevormd voor een geval waarin een actie ontbrak.¹⁰ De Romeinse juristen vertelden niet met zoveel woorden of sprake was van een persoonlijke of een zakelijke actie. Het Romeinse recht maakte een onderscheid tussen persoonlijke en zakelijke acties, zoals het hedendaagse recht een onderscheid maakt tussen persoonlijke en zakelijke rechten. De hoeksteen van het Romeinse recht was de actie en niet het begrip subjectief recht, zoals ik in § 2.1 zal uitleggen.

Door de eeuwen heen stelden juristen zich de vraag wat de aard was van de *actio utilis*, die de pandhouder kon gebruiken om de hem verpande vordering te innen.¹¹ Was het een persoonlijke actie, die was afgeleid van de persoonlijke actie waarover de pandgever beschikte of was het een zakelijke actie naar het voorbeeld van de *actio Serviana*, de actie waarmee degene aan wie een lichamelijke zaak was verpand ageerde? De discussie vond telkens plaats op grond van het Romeinse recht, dat geldend recht was.

Het Romeinse recht is namelijk meer dan twee millennia gebruikt als geldend recht op het Europese continent. Het Romeinse recht verschilde inhoudelijk van tijd tot tijd. Zo zag de Wet van de Twaalf Tafelen uit 450 v. Christus er heel anders uit dan het *Corpus Iuris Civilis* van Justinianus uit de zesde eeuw na Christus. Deze laatste codificatie was, bijvoorbeeld, in Duitsland in gebruik tot in 1900 het *Bürgerliches Gesetzbuch* werd ingevoerd. Het *Corpus Iuris* is door de eeuwen heen steeds op een andere wijze uitgelegd, zodat het bij de tijd bleef. De ontwikkeling van het recht stond net zo min stil als de ontwikkeling van de samenleving. Sinds de invoering van de nationale codificaties op het continent van Europa is het Romeinse recht geen geldend recht meer. Het Romeinse recht blijft echter van belang voor het begrip van de codificaties omdat het de basis van die codificaties vormt en de geschiedenis van het Romeinse recht door de eeuwen heen de geschiedenis van ons recht is. Hoewel het nu Nederlands, Duits of Frans recht heet, blijft veel recht in wezen Romeins recht.

Dit proefschrift gaat over het klassieke Romeinse recht, zoals dat is gevormd gedurende het Principaat, maar dat ons met name bekend is uit de wetgeving van keizer Justinianus uit de zesde eeuw.¹² Het privaatrecht ontwikkelde zich dankzij de juristen, die over elk geval hun licht lieten schijnen.¹³

¹⁰ Zie over de *actio utilis* hoofdstuk 9.

¹¹ Zie hierover bijvoorbeeld Koops 2010, p. 108 en verder.

¹² Zie over het begrip klassiek Romeins recht bijvoorbeeld Schulz 1951, p. 1.

¹³ Zie Schulz 1961, p. 117-118. Zie verder bijvoorbeeld Spruit 2003, p. 33: 'Het privaatrecht werd uitgebouwd tot een fijnmazig netwerk van normen, op grondslag van uitgebalanceerde billijkheidsafwegingen, steeds weer aan de hand van een oneindige

Hun overwegingen leidden tot een rechtssysteem, dat eeuwenlang toonaangevend is geweest.¹⁴

Het Romeinse recht vloeide voort uit verscheidene rechtsbronnen. Zo kenden de Romeinen wetten, volksbesluiten, senaatsbesluiten, keizerlijke constituties, keizerlijke rescripten, het edict van de praetor en de geschriften van juristen.¹⁵ De juristengeschriften namen een belangrijke plaats in.¹⁶ De geschriften van de klassieke juristen zijn ons met name bekend uit de *Digesten*, het deel van het *Corpus Iuris Civilis* van Justinianus uit de zesde eeuw waarin de juristengeschriften waren gecodificeerd.¹⁷ Justinianus vermeldde in zijn *Digesten* per fragment van welke jurist het fragment afkomstig was en uit welk werk van deze jurist het was overgenomen.¹⁸ Onafhankelijk van de wetgeving van Justinianus zijn ons verschillende teksten van klassieke juristen overgeleverd. Het leerboek van Gaius, *Instituten*, is bijvoorbeeld bijna volledig teruggevonden.¹⁹ Van andere juristen resten ons slechts fragmenten.

In dit onderzoek wil ik de vraag beantwoorden hoe de verpanding van een vordering geconstrueerd werd in het Romeinse recht. Teneinde die vraag te kunnen beantwoorden, vraag ik mij niet alleen af hoe verpanding van een vordering plaatsvond in het Romeinse recht en welk rechtsmiddel of welke rechtsmiddelen de pandhouder tot zijn beschikking had, maar ook wat de plaats

variatie aan bedachte en reële gevallen en geschillen die zich tussen mensen kunnen voordoen.’

¹⁴ Zie Schulz 1961, p. 118: ‘Die Jurisprudenz des Prinzipats ist “klassisch” auch in dem Sinne, daß sie Vorbild, Maßstab und Norm, μέτρον καὶ κανὼν, für die Späteren wurde.’ Zie verder bijvoorbeeld Kaser/Knütel & Lohsse 2017, p. 3 (§1, nr. 9): ‘Mit dem Namen Klassiker bezeichnen wir diese Juristen der ersten zweieinhalb Jahrhunderte n. Chr., die die römische Jurisprudenz zu höchster Vollkommenheit entwickelt haben; sie sind Klassiker zugleich im Hinblick auf die überzeitliche Geltung, mit der ihre Werke auch den künftigen Zeitaltern bis zur Gegenwart als Vorbild dienen können.’

¹⁵ Papinianus noemde de hier genoemde rechtsbronnen in een fragment dat terug te vinden is in de *Digesten* van Justinianus als D. 1,1,7. Papinianus maakte daarbij een duidelijk onderscheid tussen het civiele recht en het praetorische recht. Zie over de praetor – een magistraat, die was belast met de rechtspraak – § 2.2.

¹⁶ Zie Kaser 1971 (RP I), p. 210 (§ 52). Kaser schreef: ‘Die Fülle der Rechtsgedanken des römischen Privatrechts ist zum größten Teil Juristenrechts.’

¹⁷ Het *Corpus Iuris Civilis* van Justinianus weerspiegelt de klassieke periode en bevat weinig teksten uit de naklassieke periode. Zie Watson 1994, p. 114. Watson schreef: ‘But the practice of producing law books died out around 235, about the time of the murder of the emperor, Alexander Severus. The Digest contains excerpts of only two jurists writing after that date, the Iuris Epitomae of a certain Hermogenianus, and three libri singulares of Arcadius Charisius.’

¹⁸ Of en zo ja, in hoeverre de compilatoren van het *Corpus Iuris Civilis* de teksten van de juristen veranderden, was en is onderwerp van debat onder romanisten. Het geloof in het bestaan van vele interpolaties is in de afgelopen decennia afgenomen, zie Lokin 1995, p. 261-273 (= Lokin 2010, p. 17-30).

¹⁹ Zie hierover Nelson 1981.

was van een vordering en wat de plaats was van het pandrecht in het Romeinse rechtsbestel. Zo wil ik onder meer weten of een vordering een rechtsobject was en wat het betekende dat volgens Gaius zowel een vordering, als een pandrecht een onlichamelijke zaak was. Bovendien wil ik proberen de *actio utilis*, die de pandhouder kreeg, te reconstrueren. Daarbij wil ik bijzondere aandacht besteden aan de vraag of de pandhouder een persoonlijke of een zakelijke actie kreeg.

In dit onderzoek maak ik dankbaar gebruik van de serie bevattende de tekst en de vertaling van het *Corpus Iuris Civilis* die is gemaakt onder redactie van Spruit, Feenstra en Bongenaar. Deze vertaling is in meerdere delen verschenen bij verschillende uitgevers. Tenzij anders weergegeven zijn vertalingen afkomstig uit deze serie. De bibliografische gegevens van de serie vindt u aan het slot van de literatuurlijst.

Ten slotte merk ik op dat dit onderzoek is afgesloten in de zomer van 2017. De bedoeling was om dit proefschrift begin 2018 te verdedigen. De verdediging is echter uitgesteld om gezondheidsredenen.

Hoofdstuk 1

Pignus nominis in het kort

Een soldaat, die leefde in de derde eeuw na Christus, wilde weten of een vordering kon worden verpand en zo ja, hoe een dergelijke verpanding geschiedde. Keizer Alexander Severus antwoordde op 28 februari 225 het volgende:

C. 8,16(17),4 [A.D. 225]

Imp. Alexander A. ..., evocato. Nomen quoque debitoris pignerari et generaliter et specialiter posse pridem placuit. quare si debitor is satis non facit, cui tu credidisti, ille, cuius nomen tibi pignori datum est, nisi ei cui debuit solvit nondum certior a te de obligatione tua factus, utilibus actionibus satis tibi facere usque ad id, quod tibi deberi a creditore eius probaveris, compelletur, quatenus tamen ipse debet.

*De doorluchtige keizer Alexander [Severus] aan ..., opnieuw opgeroepen veteraan.*²⁰ Ook de vordering op een schuldenaar kan zowel generaal als afzonderlijk worden verpand, zoals al eerder algemeen is aanvaard. Indien daarom de schuldenaar aan wie u geld hebt geleend, zijn verplichtingen niet nakomt, zal de schuldenaar van de vordering die aan u in pand is gegeven – tenzij hij aan zijn schuldeiser heeft betaald voordat hij door u op de hoogte was gebracht van het u toekomende vorderingsrecht – met aangepaste acties worden gedwongen aan u te voldoen ten belope van de som die zijn schuldeiser, naar u bewezen hebt, aan u is verschuldigd, zulks echter tot het bedrag dat hij zelf schuldig is.

We weten het niet, maar wellicht is dit rescript mede opgesteld door Julius Paulus, een laat-klassieke jurist, die onder meer lid was van het *consilium principis*, de raad van advies van keizer Alexander Severus en vermoedelijk zelfs praetorisch prefect, dat wil zeggen hoofd van de lijfwacht van de keizer en in feite de hoogste ambtenaar in het rijk.²¹ In het negentwintigste boek van zijn commentaar op het

²⁰ Spruit c.s. vertaalde ‘*evocato*’ met ‘voormalig gardesoldaat’. Deze vertaling dekt echter slechts deels de lading, aangezien de soldaat opnieuw was opgeroepen in dienst.

²¹ Zie Kunkel 1967, p. 244. Zie in het algemeen over de functie van praetorisch prefect Gutsfeld 2006. Een rescript was het antwoord van de keizer op een verzoek of vraag van een rechtzoekende. Een burger kon een rechtsvraag stellen aan de keizer. Indien de keizer antwoordde in de vorm van een rescript dan kon de burger het antwoord gebruiken in een eventuele procedure. Door het hoge aanzien van de keizer achtte de rechter zich gebonden aan het door de keizer gegeven antwoord. Zie bijvoorbeeld Kunkel/Selb 1987, p. 20 (§ 11) en Kaser 1971 (RP I), p. 208 (§ 51).

Edict besprak Paulus de verpanding van een vordering. Paulus schreef in een fragment dat de compilatoren overnamen in de Digesten:

D. 13,7,18pr.

Paulus, libro vicensimo nono ad edictum. Si convenerit, ut nomen debitoris mei pignori tibi sit, tuenda est a praetore haec conventio, ut et te in exigenda pecunia et debitorem adversus me, si cum eo experiar, tueatur. ergo si id nomen pecuniarium fuerit, exactam pecuniam tecum pensabis, si vero corporis alicuius, id quod acceperis erit tibi pignoris loco.

Paulus, Het Edict XXIX. Als wij overeengekomen zijn dat de vordering op mijn schuldenaar u tot pand zal dienen, moet deze overeenkomst door de praetor worden beschermd, in die zin dat hij enerzijds u beschermt wanneer u het geld opeist, en anderzijds de schuldenaar tegen mij, indien ik tegen hem procedeer. Als de vordering op geld luidt, kunt u derhalve de verkregen geldsom verrekenen met uw vordering op mij; betrof de vordering echter een andere lichamelijke zaak, dan zult u dat wat u ontvangen hebt, tot pand hebben.

Opvallend is de gelijkenis van dit fragment van Paulus met een fragment afkomstig van een tijdgenoot van Paulus, Marcianus.²² Marcianus schreef met een verwijzing naar Pomponius:

D. 20,1,13,2²³

Marcianus, libro singulari ad formulam hypothecariam. (...) et verum est, quod Pomponius libro septimo ad edictum scribit, si quidem pecuniam debet is, cuius nomen pignori datum est, exacta ea creditorem secum pensaturum: si vero corpus is debuerit et solverit, pignoris loco futurum apud secundum creditorem.

Marcianus, De hypotheekactie. (...) en het is juist wat Pomponius in het zevende boek van zijn *Commentaar op het Edict* heeft geschreven: als iemand geld verschuldigd is en de vordering op hem in pand gegeven is, zal de [tweede] schuldeiser dit bedrag na inning met zichzelf verrekenen; maar als de betrokkene een lichamelijke zaak verschuldigd is en die ter betaling afgedragen heeft, zal deze bij wijze van pand bij de tweede schuldeiser zijn.

Wubbe meende op grond van de gelijkenis dat Paulus ook het commentaar op het Edict van Pomponius voor zich had toen hij over de verpanding van vorderingen schreef:

‘Man dürfte nicht weit fehlgehen in der Annahme, auch Paulus habe der Bescheid des Pomponius vorgelegen, es wäre somit ein Fragment des längst verschollenen Ediktskommentars des Pomponius in doppelter Überlieferung erhalten.’²⁴

²² Zie Kunkel 1967, p. 258 over Marcianus.

²³ Zie voor het volledige fragment p. 142.

²⁴ Zie Wubbe 1958, p. 146. Uit andere fragmenten van Paulus blijkt dat Paulus beschikte over een exemplaar van het commentaar op het Edict van Pomponius. Volgens Schulz is ons de inhoud van het commentaar van Pomponius enkel bekend uit citaten van Paulus en Ulpianus; zie Schulz 1961, p. 238.

Deze drie teksten geven een beeld van de verpanding van een vordering in het Romeinse recht. Verpanding van een vordering vond plaats door een overeenkomst. De praetor beschermde deze overeenkomst. De praetor gaf de pandhouder een *actio utilis*. Door deze actie in te stellen tegen de schuldenaar van de verpande vordering kon de pandhouder die vordering innen. Betrof het voorwerp van de vordering een geldsom, dan kon hij het geïnde bedrag verrekenen met de vordering ter verzekering waarvan de verpanding had plaats gevonden. Betrof het voorwerp van de geïnde vordering geen geldbedrag, maar een lichamelijke zaak, dan verkreeg de pandhouder de lichamelijke zaak *pignoris loco*, oftewel in de plaats van het pand.²⁵ Een belangrijk moment was het ogenblik waarop de pandhouder mededeling deed van de verpanding aan de schuldenaar van de verpande vordering. Blijkens het rescript van Alexander Severus kon de schuldenaar van de verpande vordering vanaf dat moment niet meer bevrijdend betalen aan zijn schuldeiser, de pandgever.²⁶

²⁵ Wat *pignoris loco* inhield, leg ik uit in § 10.2.

²⁶ Tenzij uitdrukkelijk aangegeven, ga ik er in het vervolg van uit dat geen sprake is van een derdenpand, dat wil zeggen dat ik uitga van het geval waarin de verpanding heeft plaatsgevonden ter verzekering van een schuld van de pandgever zelf.

Hoofdstuk 2

Pignus nominis: praetorisch recht

De *actio utilis* die de praetor de pandhouder gaf, maakte dat de verpanding van vorderingen voor Romeinen een effectief middel was om zekerheid te verschaffen aan een schuldeiser. De moderne jurist zal zich afvragen waarom de Romeinse juristen in de teksten over de verpanding van vorderingen stilstaan bij een rechtsvordering. De moderne jurist denkt namelijk niet in de eerste plaats in rechtsvorderingen, maar in subjectieve rechten. Ik moet een wezenlijk verschil blootleggen tussen het Romeinse en moderne Nederlandse recht teneinde het Romeinse recht op dit punt begrijpelijk te maken.

2.1 De actie als hoeksteen van het Romeinse recht

Scholten schreef in 1954:

‘Op het subjectieve recht is geheel het systeem van het privaatrecht gebouwd.’²⁷

Deze uitspraak is voor het huidige recht niet minder waar. De Romeinen kenden het subjectieve recht echter niet als de hoeksteen van het vermogensrecht. Het klassieke Romeinse recht was actiënrecht, wat wil zeggen dat een Romein zichzelf niet de vraag stelde of hij een subjectief recht had, maar de vraag of voor zijn geval een actie beschikbaar was. Schrage legde het verschil als volgt uit:

‘Voor het moderne recht geldt het subjectieve recht als primaat van of grondslag voor de rechtsvordering: *ubi ius ibi actio*, waar een recht is, is een vordering. Voor het Romeinse recht geldt het omgekeerde: *ubi actio ibi ius*, waar een vordering is, is een recht.’²⁸

Alleen indien een rechtszoekende een actie tot zijn beschikking had, liet de praetor hem toe tot het voeren van een geding.²⁹ Partijen kwamen terecht bij een

²⁷ Zie Scholten 1954, p. 19.

²⁸ Zie Schrage 1977, p. 6.

²⁹ Zie daarover hierna § 2.2. Zie over het ontzeggen van een actie Zwolve 1981.

particuliere rechter na het sluiten van een procesovereenkomst bij de praetor.³⁰ Deze rechter was op grond van de procesovereenkomst bevoegd een veroordeling uit te spreken, die onder bepaalde voorwaarden met behulp van de sterke arm van de staat kon worden afgedwongen. Een recht was dientengevolge het uitvloeisel van het ter beschikking staan van een actie.³¹ Het rechtstelsel was gebaseerd op acties en niet, zoals bij ons, op rechten. Reischl schreef dan ook:

‘Wenn die Römer also zwischen der actio und dem ius zu wählen gehabt hätten, hätten sie erstere vorgezogen, denn sie war die einzige und alleinige Bedingung für den prozessualen Sieg.’³²

Een Romein zag het objectieve recht niet als een systeem dat bestond uit verschillende subjectieve rechten. De Romeinse juristen probeerden van geval tot geval in discussie met elkaar conflicten op te lossen. Ze redeneerden vaak op basis van analogie. Gelijke gevallen behandelden de juristen gelijk, ongelijke gevallen ongelijk. Ze waren praktijkjuristen. Kaser concludeerde:

‘Ein mit begriffsanalytischen Mitteln gewonnenes (inneres) System des Privatrechts haben die römischen Juristen nicht hervorgebracht. Sie finden ihre Fallösungen aus der Betrachtung von Parallel- oder Gegenfällen und dringen in der juristischen Abstraktion über die vielfältigen Rechtsfiguren, aus denen sich ihre Rechtsordnung zusammensetzt, nicht hinaus. Dieses institutionelle Rechtsdenken macht ihnen alles Systematisieren unwichtig.’³³

³⁰ Zie over de twee fases van het geding in het Romeinse recht hierna § 2.2.

³¹ Zie bijvoorbeeld Apathy, Klingenberg & Pennitz 2016, p. 30 (§ 3). Zie ook Dubischar 1961, p. 12. Dubischar schreef: *‘Durch die Bezeichnung “ius” sollte man sich dabei nicht irre machen lassen; die Sprachen lieben es nur, die römische wie die deutsche, das, was einer “mit Recht” hat, tut oder fordert, “sein Recht” zu nennen, das seien aber nur Ausdrücke desselben Gedankens, daß das Recht, das eine, einzige, objektive, ihm günstig sei, daß man es auf seiner Seite habe, bereit zu helfen, daß man, was man hat, behalte, daß man, was man fordert, bekomme. Bei den Römern sei es bei der harmlosen Redensart geblieben; wir Modernen hätten dagegen dieses “Phantom des subjektiven Rechts” zum Eckpfeiler des ganzen Rechtsbaus gemacht.’*

³² Zie Reischl 2002, p. 12.

³³ Zie Kaser 1971 (RP I), p. 187 (§ 46). Zo ook Dubischar 1961, p. 4: *‘Es heißt doch, die Römer seien nicht Systematiker, sondern Empiriker des Rechts; Ausnahmeerscheinungen wie die Systeme des Gaius und der Institutionen seien nur Beweise für die Regel, die jeder Blick in das Corpus Iuris verdeutliche, daß den Römern am System und abstrakten Begriff wenig gelegen gewesen sei. Die römische Jurisprudenz sei eine Erfahrungswissenschaft von Einzelfällen, eine durchgeistigte Technik, aber kein Gebäude von Abstraktionen.’* Tegen deze achtergrond is te begrijpen dat Javolenus schreef (zie D. 50,17,202): *‘Omnis definitio in iure civili periculosa est: parum est enim, ut non subverti posset.’* Vertaling: *‘Iedere definitie is in het geldende recht gevaarlijk. Weinig is er immers dat niet omvergeworpen kan worden.’* Zie over deze zinspreuk Stolte 1987, p. 103-106. Mijns inziens getuigt Javolenus’ uitspraak van inzicht in het lot van definities in het recht. Eensgezindheid met betrekking tot een definitie was en is vaak ver te zoeken. Lokin

Hoewel de Romeinse juristen niet bezig waren met de opbouw van een abstract juridisch stelsel, bevatten de werken, die zij achterlieten, mijns inziens wel degelijk een samenhangend stelsel. Hun werkwijze, het gelijk behandelen van gelijke gevallen en het ongelijk behandelen van ongelijke gevallen, leidde weliswaar niet tot een stelsel bestaande uit abstracte begrippen, maar zorgde er wel voor dat de gevallen stelselmatig op elkaar aansloten. Op dezelfde wijze sluiten gevallen vandaag de dag op elkaar aan in *Common Law*-landen. De *common lawyers* hebben het vergelijken van zaken met elkaar en het zoeken naar relevante verschillen tot kunst verheven.³⁴ Rainer merkte met betrekking tot het Romeinse recht dan ook op:

*‘Daß die Römer nicht ein System vorgefunden haben, ist evident, sie haben aber eines hintergelassen, ohne es selbst als solches konsequent verstanden zu haben.’*³⁵

De Romeinse juristen gebruikten het begrip subjectief recht niet om het recht te ordenen. Wubbe vond het om die reden verwonderlijk dat veel geleerden er zonder meer vanuit gaan dat de klassieke juristen vertrouwd waren met dit begrip:

‘Angesichts der Tatsache, daß sogar einem Schuljuristen wie Gaius bei seinem Versuch, jene juristischen Gebilde systematisch zu erfassen, die der moderne Jurist als subjektive Rechte bezeichnet, die Vorstellung des subjektiven Rechts unbekannt zu sein scheint, er jedenfalls dabei das Wort ius, in welchem Sinne immer aufgefaßt, nicht als Ordnungsbegriff verwendet, mag es verwunderlich erscheinen, daß man den Klassikern Vertrautheit mit diesem Begriff unterstellt.’

schreef naar aanleiding van het ontbreken van een definitie van het begrip rechtshandeling in het Duitse BGB dan ook (zie Lokin 2000, p. 27): ‘Verstandig genoeg ontbreekt in het wetboek een omschrijving van het nieuwe begrip. Verstandig omdat een wetboek zich niet leent voor definities. Bovendien heerste omtrent de omschrijving van het *Rechtsgeschäft* zo’n kakofonie van meningen en inzichten dat elke wettelijke definitie de heftigste polemiek zou hebben uitgelokt.’

³⁴ *The beautiful art of distinguishing* is een techniek onmisbaar in het *Common Law*-systeem, omdat rechters gebonden zijn aan eerdere beslissingen. Zie over de ontwikkeling van deze gebondenheid en *the beautiful art of distinguishing* Zwolve 2008, p. 74 en verder. De vraag in hoeverre gevallen overeenkomen, is van belang, omdat de feiten van het voorliggende geval bepalend zijn voor het oordeel over het geval, zo zei Lord Halsbury in *Quinn v Leatham* [1901] AC 495: ‘Every judgment must be read as applicable to the particular facts proved, or assumed to be proved, since the generality of the expressions which may be found there are not intended to be expositions of the whole law but govern and are qualified by the particular facts of the case in which such expressions are found.’ Zie daarover bijvoorbeeld Wild en Weinstein 2013, p. 50.

³⁵ Zie Rainer 1998, p. 167.

*Dennoch ist das die herrschende Auffassung. Man geht von der Annahme aus, subjektives recht sei eine Grundvorstellung, jedem Menschen eingeboren, jeder Rechtsordnung vorgegeben.*³⁶

Het feit dat de Romeinse juristen een begrip als subjectief recht niet hanteerden om het rechtsstelsel te ordenen, wil echter niet zeggen dat ze het begrip helemaal niet kenden. Het woord *ius* komt regelmatig voor in subjectieve zin, dat wil zeggen als een aan een persoon toekomende bevoegdheid die door het objectieve recht wordt beschermd. Denk bijvoorbeeld aan de bekende zinspreuk van Ulpianus dat niemand meer recht kan overdragen dan hij zelf zou hebben gehad.³⁷

Nemo plus iuris ad alium trans-	Niemand kan meer recht aan een ander overdragen
ferre potest, quam ipse haberet.	dan hij zelf zou hebben gehad.

Zo zou ik vele voorbeelden kunnen noemen die niet zouden misstaan in een modern privaatrechtelijk handboek waarin het begrip subjectief recht centraal staat.³⁸ Eén voorbeeld wil ik noemen en wel bij de ‘beperkte rechten’, omdat de plaats van een ‘beperkt recht’ in het Romeinse recht in het vervolg aan de orde komt.³⁹ De *formula* van de *actio confessoria*, de actie waarmee de vruchtgebruiker en degene die een erfdienstbaarheid had, konden ageren, begon als volgt: ‘*Si paret Aulo Agerio ius esse eo fundo*’, oftewel ‘indien blijkt dat Aulus Agerius een recht heeft op de grond.’⁴⁰ De Romeinse juristen begonnen de term *ius* te gebruiken in de betekenis van subjectief recht met name met betrekking tot hetgeen wij beperkte rechten noemen. De ‘beperkte rechten’ dankten hun ontstaan aan de toekenning van specifieke acties.⁴¹ Ook hier gold, met andere woorden, dat het ontstaan van acties bepalend was voor de ontwikkeling van het recht.

³⁶ Zie Wubbe 1965, kolom 337. Zie voor de discussie, die met name halverwege vorige eeuw speelde, over het bestaan van subjectieve rechten in het Romeinse recht bijvoorbeeld D’Ors 1953.

³⁷ Zie D. 50,17,54. Minder bekend is dat Paulus hetzelfde beginsel verkondigde, zie D. 50,17,175,1: ‘*Non debeo melioris condicionis esse, quam auctor meus, a quo ius in me transit.*’ Vertaling: ‘Ik mag niet in een betere positie verkeren dan de voorman van wie een recht op mij is overgegaan.’

³⁸ Zie voor andere voorbeelden van fragmenten waarin het begrip *ius* wordt gebruikt in subjectieve zin de verwijzingen bij Heumann & Seckel 1958, p. 301.

³⁹ Zie hoofdstuk 5.

⁴⁰ Lenel reconstrueerde de *formula* van de *actio confessoria*, zie Lenel 2010 (onveranderde herdruk van de editie uit 1927), p. 190. Zie over de *actio confessoria* bijvoorbeeld Van Es 2005, p. 53.

⁴¹ Zie hierover § 5.1.

Wat betreft het verbintenissenrecht maakten de Romeinse juristen in beginsel geen onderscheid tussen het vorderingsrecht en de rechtsvordering.⁴² Het processuele scheiden van het materiële paste niet in het Romeinse rechtssysteem, waarin een afspraak enkel afdwingbaar was, indien een actie beschikbaar was. Celsus schreef om die reden het volgende.⁴³

D. 44,7,51

Celsus, *libro tertio digestorum*. Celsus, *Digesten III*. Een actie is niets anders dan
Nihil aliud est actio quam ius iemands recht om hetgeen hem verschuldigd is door
quod sibi debeatur, iudicio middel van een proces te vervolgen.
persequendi.

Wat betreft het zakenrecht gold in wezen hetzelfde, met dien verstande dat niet het opeisen van een verschuldigde prestatie centraal stond, maar het opvorderen van een zaak. Ulpianus schreef:

D. 50,16,143

Ulpianus, *libro nono ad legem Iuliam et Papiam*. Id 'apud se' quis wordt geacht iets 'bij zich [in eigendom] te hebben', wanneer hij ter zake daarvan over een actie beschikt. Men 'heeft' immers iets, wanneer
'habere' videtur, de quo habet actionem: habetur enim quod peti men het kan opvorderen.
potest.

2.2 Praetorisch recht

De verpanding van vorderingen dankte het Romeinse recht aan het ter beschikking stellen van een actie door de praetor. Het ambt van praetor was in het leven geroepen ver voor de klassieke tijd van het Romeinse recht, namelijk in 367 v. Chr.⁴⁴ Rome kende verschillende praetoren. Van belang voor de verpanding van vorderingen was de *praetor urbanus*, de stadspraetor. Kort gezegd kwam het erop neer dat deze praetor een magistraat was, die belast was met de rechtspraak, de *iurisdictio*.⁴⁵ De praetor was echter geen rechter en sprak ook geen recht zoals onze rechters vandaag de dag een vonnis of een arrest wijzen. De

⁴² Zie bijvoorbeeld D. 30,44,6 (zie voor de tekst van dit fragment hierna noot 190). Een uitzondering vormde de natuurlijke verbintenis. In geval van een natuurlijke verbintenis had de schuldeiser niet de mogelijkheid nakoming te vorderen. Voldeed de schuldenaar vrijwillig, dan was de betaling niet onverschuldigd, met andere woorden de verbintenis bleef bestaan, maar was niet afdwingbaar. Zie over de *naturalis obligatio* Kaser (RP I) 1971, p. 480 en verder (§ 113).

⁴³ Justinianus herhaalde hetgeen Celsus schreef in vrijwel dezelfde bewoordingen in zijn *Instituten*; zie het *principium* van Justinianus' *Instituten* 4,6.

⁴⁴ Zie Jolowicz/Nicholas 2008 (onveranderde herdruk 1972), p. 15-16.

⁴⁵ Zie over het begrip *iurisdictio* Kaser/Hackl 1996, p. 183 (§ 25).

praetor was een politicus die voor één jaar als praetor werd aangesteld. Traditioneel was het ambt van praetor een ambt dat een politicus moest hebben vervuld om consul te kunnen worden.⁴⁶ De praetor was doorgaans zelf geen jurist maar liet zich adviseren door juristen.⁴⁷ Op grond van zijn *imperium* had de praetor verschillende bevoegdheden, die hij kon gebruiken bij de uitvoering van zijn takenpakket, in dit geval de rechtspraak.⁴⁸ Het *imperium* was de hoogste staatsmacht en bracht wetgevende, bestuurlijke en rechtsprekende bevoegdheden mee. Zo kon de praetor edicten uitvaardigen. Aan het begin van zijn ambtstermijn vaardigde iedere praetor een edict uit waarin hij de rechtsmiddelen aankondigde die hij ter beschikking stelde aan de burgers. Het was gebruikelijk dat de nieuwe praetor het edict van zijn voorganger overnam en het slechts aanpaste voor zover hij dat nodig achtte.⁴⁹ Het edict werd gepubliceerd op de plek waar de praetor zitting had.⁵⁰ Keizer Hadrianus maakte een einde aan de jaarlijks veranderende edicten van de praetor zo rond het jaar 130 toen hij de tekst van het edict liet vastleggen. De jurist Julianus stelde het edict samen.⁵¹ Veel van de juristengeschriften uit de klassieke tijd zijn commentaren op dit edict.⁵²

De rechtsmiddelen, die opgenomen waren in het edict, waren zowel rechtsmiddelen op grond van het civiele recht, dat wil zeggen het wettenrecht, als rechtsmiddelen op grond van het honoraire recht, dat wil zeggen rechtsmiddelen die de praetor zelf in het leven had geroepen. De praetor schiep namelijk rechtsmiddelen, soms ter aanvulling van het civiele recht en soms zelfs tegen het civiele recht in, ter verbetering van dat recht.⁵³ Zelfs als de praetor geen

⁴⁶ Het ambt van praetor maakte deel uit van de zogenoemde *cursus honorum*. Wie politieke aspiraties had in Rome moest verschillende ambten in een vaste volgorde vervullen om toegang te krijgen tot de hoogste ambten van het rijk. Zie over de *cursus honorum* Gizewski 2006.

⁴⁷ De heersende leer is dat de praetor een adviesraad had waarin juristen zaten, zie bijvoorbeeld Schulz 1946, p. 52. Zie voor een ander geluid over de rol van de adviesraad: Tellegen-Couperus 2001, p. 11-20.

⁴⁸ De praetor had, net als de consuls, het *imperium* en had diensgevolge dezelfde bevoegdheden als de consuls. De praetor was echter ondergeschikt aan de consuls, zie Jolowicz/Nicholas 2008 (onveranderde herdruk 1972), p. 48. Van belang was dat iedere praetor een specifiek takenpakket had. Zie specifiek over de *praetor urbanus* bijvoorbeeld: Kaser/Hackl 1996, p. 173 (§ 24).

⁴⁹ Zie Kunkel/Selb 1987, p. 11-12 (§ 7).

⁵⁰ Zie bijvoorbeeld Jansen 2015, p. 256.

⁵¹ Zie Lokin & Zwolve 2014, p. 98. Julianus stelde het Edict samen in opdracht van de keizer. Hij veranderde het door de tijd heen gegroeide Edict niet drastisch, zie Honoré 1962, p. 54. Honoré meende dat Julianus niet vrij was bij het samenstellen van het Edict, aangezien Julianus zich kritisch uitliet over een bepaald gedeelte van het Edict. Zie D. 37,5,6.

⁵² Zie Kunkel/Selb 1987, p. 13 (§ 7).

⁵³ Papinianus legde ons de term honorair recht als volgt uit: ‘Praetorisch recht is recht dat de praetoren met het oog op het algemeen belang hebben ingevoerd om het *ius civile* te helpen uitvoeren, aan te vullen en te verbeteren. Dit recht wordt ook honorair recht (*ius*

rechtsmiddel in het vooruitzicht had gesteld in zijn edict voor een bepaald geval, dan nog kon hij de burger die hem daarom vroeg een rechtsmiddel geven.⁵⁴ Samenvattend concludeerden Nicholas en Jolowicz:

*‘The essence of the praetor’s power lies in fact in his control over remedies.’*⁵⁵

De macht van de praetor over de rechtsmiddelen leidde ertoe dat het privaatrecht en de ontwikkeling daarvan het domein van de praetor was. Dernburg zei treffend:

*‘Das Privatrecht wurde bei den Römern bekanntlich keineswegs vorzugsweise durch gesetzliche Vorschriften fortgebildet; es gestaltete sich allmählig bei Gelegenheit des einzelnen Falles unter den Händen des Magistrats, der die Rechtssprechung leistete, wie es das Volksbewußtsein forderte und die Billigkeit verlangte. So kam es, daß sich die Normen des Civilrechts mit den Vorschriften des Prozesses eng und unauflöslich verbunden entwickelten, daß die wichtigsten Institute sich an die Ordnungen des Prätors anlehnten, daß die bedeutendsten Rechte erst mit der Aufstellung der Formel Anerkennung fanden.’*⁵⁶

Of de praetor een rechtsmiddel gaf, was van belang, omdat het de praetor was die besliste of partijen werden toegelaten tot de rechter. Een civiele procedure bestond namelijk uit twee fases, één *in iure* voor de praetor, en één voor een particuliere rechter, *apud iudicem*.⁵⁷ *In iure* beoordeelde de praetor of aan de eiser een rechtsmiddel toekwam. Als de praetor van mening was dat aan de eiser een rechtsmiddel toekwam, dan sloten eiser en gedaagde onder het toezien van de praetor een procesovereenkomst, een *litis contestatio*.⁵⁸

De *litis contestatio* bevatte de *formula* van de actie, die de eiser instelde. Als eerste legden de partijen vast wie rechter zou zijn. De *formula* was tevens de instructie voor deze rechter. De *formula* bevatte verschillende onderdelen.⁵⁹ Gaius noemde als onderdelen onder meer de *demonstratio*, de *intentio* en de

honorarium) genoemd, aldus aangeduid naar het honoraire ambt van de praetoren.’ Zie D. 1,1,7,1: *‘Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam. Quod et honorarium dicitur ad honorem praetorum sic nominatum.’* Hetzelfde zei Pomponius, zie D. 1,2,2,10. Zie Lokin & Zwalve 2014, p. 94.

⁵⁴ De praetor gaf dan bijvoorbeeld een *actio utilis*, zie daarover hoofdstuk 9.

⁵⁵ Zie Jolowicz/Nicholas 2008 (onveranderde herdruk 1972), p. 99.

⁵⁶ Zie Dernburg 1852, p. 1.

⁵⁷ Zie Kaser/Hackl 1996. Een blik op de inhoudsopgave volstaat. Hoofdstuk drie betreft de fase *in iure*, en hoofdstuk vijf de fase *apud iudicem*.

⁵⁸ Zie Kaser/Hackl 1996, p. 285 en verder (§ 41 en verder). Volgens Zwalve was de *litis contestatio* de vorm waarin de procespartijen hun instemming betuigden met het door de magistraat voorgestelde procesprogramma. Zie Zwalve 1981, p. 3.

⁵⁹ Zie voor een voorbeeld van een *formula* Gaius’ *Instituten* 4,47.

condemnatio.⁶⁰ De *formula* kon beginnen met de *demonstratio*, waarin de feiten, die aanleiding gaven tot de zaak kort werden omschreven, bijvoorbeeld de koop van een slaaf.⁶¹ De *intentio* bevatte de vordering van de eiser.⁶² De *formula* eindigde met de *condemnatio*.⁶³ De *condemnatio* gaf aan waartoe de gedaagde moest worden veroordeeld als de eiser de feiten kon bewijzen. Of partijen hun stellingen konden bewijzen, was aan de particuliere rechter om te onderzoeken. De *condemnatio* gaf de rechter de bevoegdheid de gedaagde te veroordelen of vrij te spreken.⁶⁴ De *formula* bevatte bovendien eventuele verweermiddelen van de gedaagde.⁶⁵

Aangezien het de praetor was die de verpanding van een vordering sanctioneerde door een actie ter beschikking te stellen, is de verpanding van een vordering onderdeel van het *ius honorarium*, het honoraire recht, oftewel het recht gevormd door de praetor.

⁶⁰ Zie Gaius' *Instituten* 4,39.

⁶¹ Zie Gaius' *Instituten* 4,40. Zie ook Kaser/Hackl 1996, p. 314 (§ 45).

⁶² Zie Gaius' *Instituten* 4,41.

⁶³ Niet elke *formula* bevatte een *condemnatio*, zie Kaser/Hackl 1996, p. 315 (§ 45).

⁶⁴ Zie Gaius' *Instituten* 4,43.

⁶⁵ Zie Gaius' *Instituten* 4,115.

Hoofdstuk 3

De plaats van een vordering in het Romeinse rechtsbestel

3.1 Een vordering was de actieve zijde van een verbintenis

Bezien vanuit een schuldeiser was de kern van een verbintenis volgens Paulus:

D. 44,7,3pr.

Paulus, libro secundo institutionum. Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum.

Paulus' Instituten II. Het wezen van verbintenissen bestaat niet daarin, dat zij een of andere lichamelijke zaak of [erf-] dienstbaarheid tot de onze maken, maar dat zij een ander jegens ons verplichten om iets te geven, iets te doen of voor iets in te staan.

Paulus legde uit dat een vordering de schuldenaar verplichtte tot het verrichten van een bepaalde prestatie jegens de schuldeiser. Paulus benadrukte dat het enkele bestaan van een verbintenis niet betekende dat de eigendom van een bepaalde zaak overging op de schuldeiser. Voor overdracht was meer nodig dan een verbintenis die strekte tot overdracht.⁶⁶

Paulus maakte duidelijk dat een verbintenis twee zijden had: de schuldeiser, degene aan de actieve zijde van de verbintenis, kwam het recht toe de prestatie te vorderen van de schuldenaar, die zich aan de passieve zijde van de verbintenis bevond.⁶⁷ De Romeinen gebruikten de term *obligatio* zowel voor het aanduiden van de vordering, als voor het aanduiden van de schuld.⁶⁸ Schuldeiser

⁶⁶ Zie voor de manieren waarop de verschillende soorten goederen werden overgedragen in het Romeinse recht bijvoorbeeld Kaser/Knütel & Lohsse 2017, p. 144 en verder (§ 24).

⁶⁷ In het huidige recht is dit niet anders, zo schreef Zimmermann (Zimmermann 1996, p. 1): 'Today the technical term "obligation" is widely used to refer to a two-ended relationship which appears from the one end as a personal right to claim and from the other as a duty to render performance.'

⁶⁸ Zie Zimmermann 1996, p. 1.

en schuldenaar waren verbonden door een band van het recht, zoals Justinianus de eerstejaars rechtenstudenten vertelde:

Justinianus' *Instituten* 3,13pr.

Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura.

Een verbintenis is een band van het recht waardoor wij dwingend gebonden worden om de een of andere prestatie te verrichten volgens de rechtsregels van onze staat.

In de klassieke periode dachten de juristen er niet anders over.⁶⁹ Zo schreef Papi-
nianus over de keten van een verbintenis: '*vinculum obligationis*'.⁷⁰ Het gebonden

⁶⁹ Zie over de vraag in hoeverre de klassieke juristen een verbintenis reeds als *vinculum iuris* zagen Falcone 2003. Falcone legde eerst uit waarom deze definitie niet van Justinianus zelf afkomstig was, zie p. 10 en verder. Vervolgens onderzocht Falcone waar de definitie vandaan kwam. Deze zoektocht eindigde bij Gaius' *Res cottidianae*, zie p. 173. Zie over deze vraag ook Pennitz 2010, p. 71 en verder. Pennitz vroeg zich af in hoeverre het bestaan van noxale acties afbreuk deed aan de *vinculum iuris*-gedachte in het klassieke recht (zie Pennitz 2010, p. 95): '*Den Ausgangspunkt der Überlegungen bildete die vinculum iuris-Lehre, die im Regelfall dazu führt, dass die schuldrechtlichen Parteien mit nur einem einzigen Band aneinander "gefesselt" sind. Dagegen konfrontiert uns das Noxalrecht gleichsam mit einem "beziehungsgeflecht"*'. Pennitz concludeerde dat hoewel een noxale actie een keuzemogelijkheid inhield, de grondslag voor aansprakelijkheid één verbintenis was: '*Allen diesen Wahlmöglichkeiten liegt nämlich – wie die Darstellung zu zeigen versuchte – das Prinzip der "Einheit" des Verpflichtungsgrundes zugrunde, weshalb die klassischen Juristen auch "quasi" von "una obligatio" ausgehen: Wegen der notwendigen Zuordnung des Sklaven an seinen dominus ist eben nur eine einzige Obligation prozessrelevant*'. Mayer-Maly meende dat het schrijven van Justinianus terugging op het klassieke recht op grond van een constitutie van Diocletianus en Maximianus, ons bekend als C. 4,38,13: '*In vendentis vel ementis voluntatem collata condicione comparandi, quia non adstringit necessitate contrahentes, obligatio nulla est. Idcirco dominus invitus ex huiusmodi conventionem rem propriam vel quilibet alius distrahere non compellitur*'. Vertaling: 'Wanneer de voorwaarde om te kopen afhankelijk is gesteld van de wil van de verkopende of kopende partij, is er geen verbintenis, aangezien deze de contractsluitende partijen niet door een dwingende verplichting verbindt. Om deze reden wordt een eigenaar of ongeacht wie anders niet gedwongen op grondslag van een dergelijke overeenkomst tegen zijn wil een hem toebehorende zaak te verkopen.' Zie Mayer-Maly 1966, p. 51: '*In nachgerade begriffsjuristischer Manier wird aus dem Definitionselement necessitate adstringimur als einem Wesensmerkmal aller Obligationen argumentiert. Entspricht der quia-Satz der diokletianischen Kanzlei, so spricht viel dafür, daß man bei seiner Abfassung das necessitate adstringimur der uns aus Inst. Iust. 3,13pr. bekannten Definition als geläufig voraussetzte. Da wir ähnliche Verbindungen des Notwendigkeitsgedankens mit der Band-Vorstellung seit Gaius antreffen, ist in der Tat anzunehmen, daß necessitate adstringimur zum klassischen Substrat der obligatio-Definition von Inst. Iust. 3,13pr. gehört*'.

⁷⁰ Zie D. 3,3,67: '*Procurator, qui pro evictione praediorum quae vendidit fidem suam adstrinxit, etsi negotia gerere desierit, obligationis tamen onere praetoris auxilio non levabitur: nam procurator, qui pro domino vinculum obligationis suscepit, onus eius frustra recusat*'. Vertaling: 'De vertegenwoordiger die ter zake van de uitwinning van percelen grond die hij verkocht heeft zijn woord heeft gegeven, wordt, ook al heeft hij de

zijn kwam zelfs tot uitdrukking in het woord verbintenis, *obligatio*, waarin het werkwoord *ligare* te herkennen was dat binden betekende.⁷¹ Een schuldenaar kon zich bevrijden uit deze band door zijn schuld te voldoen. De Romeinen gebruikten hiervoor het werkwoord *solvere* dat zowel betalen (in de ruime zin van het woord), als losmaken of bevrijden betekende. Deze termen verwezen naar een tijd waarin de schuldeiser de schuldenaar letterlijk mocht vastbinden, indien hij zelfs na een veroordeling niet nakwam.⁷²

In het oudste Romeinse recht richtte de executie van een veroordelend vonnis zich namelijk tegen de persoon van de veroordeelde, indien was geprocedeerd met een zogenoemde persoonlijke actie.⁷³ Als persoon hield hij op te bestaan, dat wil zeggen dat degene in wiens voordeel vonnis was gewezen hem mocht verkopen als slaaf, en misschien zelfs doden, indien na een bepaalde periode niet aan het vonnis was voldaan.⁷⁴ De eiser mocht hiertoe overgaan, indien hij opnieuw een actie had ingesteld, de *legis actio per manus injectionem*.⁷⁵ Op den duur verving de praetor deze actie door de *actio iudicati*, die de veroordeelde verlies van zijn persoonlijkheid spaarde. De *actio iudicati* leidde tot de verkoop van zijn gehele vermogen, ook al stond dit niet in verhouding tot hetgeen waartoe hij was veroordeeld. Later volstond het ter uitvoering van het vonnis beslag te leggen op enkele vermogensbestanddelen.⁷⁶ Deze ontwikkeling deed er echter niet aan af dat een *obligatio* een rechtsketen bleef, die schuldeiser en schuldenaar aan elkaar verbond. Zimmermann:

‘The very word “obligation” always reminded the Roman lawyer of the fact that, in former times, the person who was to be liable, that is, over whose body the creditor acquired the pledge-like power of seizure, was physically laid in bonds; and, even though this piece of symbolism was soon abandoned and the idea came to prevail that the debtor could be legally bound even if his body was not physically put into chains, the concept of an obligation, in the minds of the laymen as well as

zaakwaarneming gestaakt, toch niet met hulp van de praetor van de last van die verbintenis ontheven. Een vertegenwoordiger die ten bate van zijn principaal de knellende banden van een verbintenis op zich genomen heeft, wijst de last daarvan namelijk tevergeefs af.’ Zie Pennitz 2010, p. 72.

⁷¹ Oorspronkelijk zag de term *obligatio* enkel op verbintenissen, die een grondslag hadden in het civiele recht. In de loop van de tijd gebruikten de Romeinse juristen het begrip ook voor verbintenissen, die hun afdwingbaarheid dankten aan de praetor. Zie Kunkel/Honsell 1987, p. 213 (§ 87).

⁷² Zie Kunkel/Honsell 1987, p. 213 en verder (§ 88).

⁷³ Zie over het onderscheid tussen persoonlijke en zakelijke acties § 3.2.

⁷⁴ Zie Kunkel/Honsell 1987, p. 213 en verder (§ 88) en zie Girard 1924, p. 1038. Een slaaf had in het Romeinse recht geen juridische persoonlijkheid. Hij werd behandeld als zaak.

⁷⁵ Zie Kaser/Hackl 1996, p. 131 (§ 20).

⁷⁶ Het *pignus in causa iudicati captum* ontstond in het buitengewone geding. Zie over het buitengewone geding hierna p. 176. Zie over het *pignus in causa iudicati captum* bijvoorbeeld Von der Fecht 1999, p. 49 en verder.

*lawyers, seems to have retained the connotation of some sort of invisible rope around the neck of the debtor, tying a specific debtor to a particular creditor.*⁷⁷

Op nog een andere wijze was het procesrecht bepalend voor het Romeinse verbintenissenrecht. Wij zijn gewend dat iedere overeenkomst die niet in strijd is met de openbare orde of de goede zeden, rechtens afdwingbaar is.⁷⁸ In het Romeinse recht was het echter zo dat alleen die afspraken afdwingbaar waren, waarvoor een actie beschikbaar was.⁷⁹ Zoals ik hiervoor uitlegde, was het vorderingsrecht niet van de rechtsvordering te scheiden.⁸⁰ Het Romeinse recht kende niet één algemene actie, die iedere schuldeiser kon instellen, onafhankelijk van de bron van zijn verbintenis. Voor ieder type verbintenis kende het een specifieke actie. Zo was er de *actio empti* voor de koper, de *actio ex lege aquilia* voor het slachtoffer van bepaalde onrechtmatige daden en ga zo maar door.⁸¹

Gaius legde aan zijn studenten uit dat er twee categorieën verbintenissen bestonden: verbintenissen die ontstonden uit contract en verbintenissen die ontstonden uit delict.⁸² Wat betreft de verbintenissen uit contract, zouden wij zeggen dat het Romeinse recht enkel bijzondere overeenkomsten kende.⁸³ Viel een afspraak buiten de bekende overeenkomsten, dan kon deze afspraak niet worden afgedwongen: *Pacta nuda non valent*.⁸⁴

De nauwe band tussen actie en vordering bleek reeds in het fragment van Paulus waarmee ik deze paragraaf begon.⁸⁵ Paulus schreef niet voor niets dat het wezen van verbintenissen daarin bestaat dat zij een ander jegens ons verplichten om iets te geven, iets te doen of voor iets in te staan. Het *dare facere praestare* baseerde Paulus op de *formulae* van de persoonlijke acties. Gaius schreef:

Gaius' *Instituten* 4,2

In personam actio est, qua agimus, cum aliquo qui nobis vel ex contractu vel ex delicto obligatus est, id est cum intendimus DARE FACERE PRAESTARE OPORTERE.

Een persoonlijke actie is de actie waarmee wij procederen tegen iemand die uit contract of uit delict jegens ons verbonden is, d.w.z. wanneer wij als rechtsbewering stellen DAT HIJ BEHOORT TE GEVEN, TE DOEN, TE PRESTEREN.

⁷⁷ Zie Zimmermann 1996, p. 5.

⁷⁸ Uitzonderingen daargelaten, zoals natuurlijke verbintenissen. Bovendien spreekt het voor zich dat op enig moment sprake kan zijn van bevrijdende verjaring.

⁷⁹ Zie § 2.2.

⁸⁰ Zie hiervoor p. 15. Zie ook Kunkel/Honsell 1987, p. 216 (§ 89): '*Forderungsrecht (obligatio) und prozessualer Anspruch (actio) waren geradezu gleichwertige Begriffe.*'

⁸¹ Zie voor een overzicht van het Romeinse verbintenissenrecht Birks 2014.

⁸² Zie Gaius' *Instituten* 3,88.

⁸³ Zie Lokin/Brandsma 2016, p. 263 (V38).

⁸⁴ Zie Lokin/Brandsma 2016, p. 263 (V38).

⁸⁵ Zie p. 19.

De actie die een schuldeiser op grond van een verbintenis kon instellen, was altijd een persoonlijke actie.⁸⁶ Persoonlijke acties op grond van het civiele recht kenmerkten zich door een *formula* met een rechtsbewering die neerkwam op *dare facere praestare oportere*.⁸⁷ Het Romeinse rechtsbestel kende zakelijke en persoonlijke acties. Wat het onderscheid inhield, verdient een afzonderlijke behandeling.

3.2 Vorderingsrecht en rechtsvordering. Enige opmerkingen over het afdwingen van een vordering door middel van een persoonlijke actie aan de hand van het onderscheid tussen persoonlijke en zakelijke acties

De Romeinse juristen maakten een onderscheid tussen zakelijke acties, *actiones in rem*, en persoonlijke acties, *actiones in personam*. De moderne continentale jurist maakt hetzelfde onderscheid binnen de subjectieve rechten. Onze subjectieve rechten vallen uiteen in persoonlijke en zakelijke rechten. De herkomst van ons onderscheid ligt in het Romeinse onderscheid tussen zakelijke en persoonlijke acties.⁸⁸

Zoals bleek uit het fragment van Gaius dat ik net aanhaalde, legde Gaius in zijn leerboek uit dat een persoonlijke actie een actie was op grond van een verbintenis.⁸⁹ Het maakte daarbij niet uit of de verbintenis was ontstaan uit contract of uit delict. De grondslag voor een zakelijke actie was een andere. Gaius legde het zijn studenten zo uit:

Gaius' *Instituten* 4,3

In rem actio est, cum aut corporalem rem intendimus nostram esse, aut ius aliquod nobis competere, velut utendi aut utendi fruendi, eundi agenda aquamve ducendi vel altius tollendi prospiciendive; aut cum actio ex diverso adversario est negativa.

Een zakelijke actie is de actie waarbij wij als rechtsbewering stellen dat een lichamelijke zaak van ons is of dat ons een recht van bijvoorbeeld gebruik of vruchtgebruik, overpad, dreef of waterleiding, van uitzicht of om hoger te bouwen toekomt; of wanneer omgekeerd de wederpartij een actie ter ontkenning daarvan heeft.

⁸⁶ Zie hierna § 3.2 en zie Zimmermann 1996, p. 6.

⁸⁷ Zie Kunkel/Honsell 1987, p. 218 (§ 90). Zie voor de betekenis van het *dare, facere, praestare oportere*: Zimmermann 1996, p. 6.

⁸⁸ Zie De Zulueta 1953, p. 228. De Zulueta merkte over het onderscheid tussen rechten *in rem* en *in personam* op: 'It began with the Romans, but characteristically as a distinction between actions.' Zie verder bijvoorbeeld Zwalm 2006-2, p. 76-77.

⁸⁹ Zie Gaius' *Instituten* 4,2. Zie voor de tekst van dit fragment hiervoor p. 22.

Een persoonlijke actie was een actie tegen iemand van wie de eiser meende een prestatie tegoed te hebben op grond van een verbintenis. Van een verbintenis tussen eiser en gedaagde was geen sprake in geval van een zakelijke actie. Door het instellen van een zakelijke actie probeerde de eiser een recht op een zaak geldend te maken. Een zakelijke actie stelde de eiser in tegen elke willekeurige persoon, die de betreffende zaak in bezit had.⁹⁰ Zo schreef ook Ulpianus:

D. 44,7,25pr.

Ulpianus, *libro singulari regulorum*. Actionum genera sunt duo, in rem, quae dicitur vindicatio, et in personam, quae conditio appellatur. In rem actio est, per quam rem nostram, quae ab alio possidetur, petimus: et semper adversus eum est qui rem possidet. in personam actio est, qua cum eo agimus, qui obligatus est nobis ad faciendum aliquid vel dandum: et semper adversus eundem locum habet.

Ulpianus, *Rechtsregels*. Er zijn twee soorten acties: de zakelijke, die ‘vindicatie’ wordt genoemd, en de persoonlijke, die ‘condictie’ wordt genoemd. Zakelijk is een actie door middel waarvan wij een zaak die ons toebehoort en die door een ander in bezit wordt gehouden, opeisen: zij richt zich altijd tegen degene die de zaak in bezit heeft. Persoonlijk is een actie waarmee wij procederen tegen degene die jegens ons verbonden is om iets te doen of te geven: deze heeft altijd plaats tegen deze zelfde persoon.

Procesrechtelijk uitte het verschil tussen zakelijke en persoonlijke acties zich reeds ten tijde van het geding *per legis actionem*, de oudste ons bekende procesvorm uit Rome. Over het algemeen wordt aangenomen dat *legis actiones*, wettelijke acties, acties waren die hun grondslag hadden in een wet, zoals de Wet

⁹⁰ Justinianus schreef eeuwen na de klassieke juristen hetzelfde, zie Justinianus’ *Instituten* 4,6,1: ‘*Omnium actionum, quibus inter aliquos apud iudices arbitrosve de qua re quaeritur, summa divisio in duo genera deducitur: aut enim in rem sunt aut in personam. namque agit unusquisque aut cum eo qui ei obligatus est vel ex contractu vel ex maleficio, quo casu proditae actiones in personam sunt, per quas intendit adversarium ei dare aut dare facere oportere, et aliis quibusdam modis: aut cum eo agit qui nullo iure ei obligatus est, movet tamen alicui de aliqua re controversiam. quo casu proditae actiones in rem sunt. veluti si rem corporalem possideat quis, quam Titius suam esse affirmet, et possessor dominum se esse dicat: nam si Titius suam esse intendat, in rem actio est.*’ Vertaling: ‘Alle acties waarmee tussen partijen ten overstaan van een rechter of scheidsrechter over enigerlei zaak een geschil wordt opgeworpen, laten zich in een hoofdingdeling tot twee typen herleiden: zij zijn namelijk zakelijk of persoonlijk. Iemand procedeert immers steeds met de persoon die jegens hem uit contract of uit delict verbonden is; in dit geval zijn de acties die ingevoerd zijn persoonlijk, en de eiser stelt daarin dat de wederpartij hem behoort te geven, of behoort te geven en te doen of een andere rechtsbewering. Of hij procedeert tegen degene die jegens hem uit geen enkele rechtsbetrekking verbonden is, wanneer hij desondanks tegen iemand over enigerlei zaak een geschil wil aanspannen; in dit geval zijn de acties die ingevoerd zijn zakelijk. Een voorbeeld: als iemand een lichamelijke zaak bezit waarvan Titius beweert dat deze hem toebehoort, maar de bezitter stelt dat hij zelf eigenaar is: als Titius dan in rechte beweert dat deze hem toebehoort, is er een zakelijke actie.’

van de Twaalf Tafelen uit het jaar 450 v. Chr.⁹¹ Wilde een Romeins burger een wettelijke actie instellen tegen een andere burger dan moesten beide partijen allerlei formaliteiten verrichten voor een magistraat, vanaf 367 v. Chr. de praetor. Gaius noemde vijf wettelijke acties, waarbij hij opmerkte dat de *legis actio sacramento* de algemene actie was, dat wil zeggen dat deze van toepassing was, tenzij een specifieke actie door de wet was voorgeschreven.⁹² Deze actie kende zowel een zakelijke, de *legis actio sacramento in rem*, als een persoonlijke variant, de *legis actio sacramento in personam*. De formaliteiten die moesten worden uitgevoerd, verschilden al naar gelang sprake was van de zakelijke of de persoonlijke variant. Bij het instellen van een zakelijke actie speelde de zaak een centrale rol:

Gaius' *Instituten* 4,16

Si in rem agebatur, mobilia quidem et moventia, quae modo in ius afferri adducive possent, in iure vindicabantur ad hunc modum: qui vindicabat, festucam tenebat; deinde ipsam rem adprehendebat, velut hominem, et ita dicebat: HUNC EGO HOMINEM EX IURE QUIRITUM MEUM ESSE AIO SECUNDUM SUAM CAUSAM; SICUT DIXI, ECCE TIBI, VINDICTAM IMPOSUI, et simul homini festucam imponebat; adversarius eadem similiter dicebat et faciebat; (...)

Als er een zakelijke actie werd ingesteld, werden roerende zaken – onbezielde en bezielde, als zij maar naar de plaats waar de ambtsdrager zitting hield, aangevoerd of meegenomen konden worden – aldaar op de volgende wijze gevorderd: de eiser hield een stok in de hand, pakte vervolgens de zaak zelf, bijvoorbeeld een slaaf, vast en zei: IK BEWEER DAT DEZE SLAAF MIJ NAAR QUIRITISCH RECHT TOEBEHOORT OP GROND VAN ZIJN RECHTSPOSITIE; ZIE TOE GIJ, OVEREENKOMSTIG HETGEEN IK GEZEGD HEB, HEB IK HEM DE STAF OPGELEGD. En tegelijkertijd legde hij dan de stok op de slaaf. De wederpartij zei en deed hetzelfde op dezelfde manier. (...)

Ook na de afschaffing van de wettelijke acties, ten tijde van het *formulaproces*, was vanaf het begin van een procedure duidelijk of sprake was van een persoonlijke of een zakelijke actie.⁹³ Van wat voor type actie sprake was, bleek

⁹¹ Zie Gaius' *Instituten* 4,11. Zie over de wettelijke acties bijvoorbeeld Kaser/Hackl 1996, p. 25 en verder (§ 3 t/m § 21). Manthe betoogde echter dat *lege agere* betekende: 'mittels eines explizit performativen Sprechaktes (= Spruchformel) sprechen; legis actio ist nicht "gesetzliche Klage", sondern "Sprechen der Spruchformel".' Zie Manthe 2002, p. 444.

⁹² Zie Gaius' *Instituten* 4,13.

⁹³ Zie over afschaffing van de *legis actiones* Gaius' *Instituten* 4,30. Zie hierover Lokin/Brandsma 2016, p. 41 en verder (P6). Naast de *legis actiones* ontstond de *formulaprocedure*, die snel aan populariteit won, zie Kaser/Hackl 1996, p. 151 en verder (§ 22). Uiteindelijk volgde voor het overgrote deel van de procedures de afschaffing van de *legis actiones* in de *Leges Iuliae iudicariae*, twee wetten uit 17 v. Chr. afkomstig van keizer Augustus, zie Kaser/Hackl 1996, p. 161-162 (§ 22). In de klassieke tijd was het *formulaproces* de gewone procedure.

namelijk uit de *intentio* van de formula.⁹⁴ De *intentio* bevatte de vordering van de eiser. Gaius gaf zijn studenten het volgende voorbeeld:

Gaius' *Instituten* 4,41

Intentio est ea pars formulae qua actor desiderium suum concludit, velut haec pars formulae: SI PARET NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO SESTERTIUM X MILIA DARE OPORTERE; item haec: QUIDQUID PARET NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO DARE FACERE OPORTERE; item haec: SI PARET HOMINEM EX IURE QUIRITIUM AULI AGERII ESSE.

De *intentio*⁹⁵ is het bestanddeel van de *formula* waarin de eiser concludeert tot hetgeen hij verlangt. Zo bijvoorbeeld een zinsnede in de *formula* als deze: INDIEN BLIJKT DAT NUMERIUS NEGIDIUS AAN AULUS AGERIUS 10.000 SESTERTIËN BEHOORT TE GEVEN; of deze: ALLES WAARVAN BLIJKT DAT NUMERIUS NEGIDIUS HET AAN AULUS AGERIUS BEHOORT TE GEVEN EN VOOR HEM TE DOEN; of deze: INDIEN BLIJKT DAT DE SLAAF NAAR QUIRITISCH RECHT VAN AULUS AGERIUS IS.

In de eerste twee voorbeelden die Gaius gaf, bevatte de *intentio* zowel de naam van de eiser als de naam van de gedaagde. De laatste *intentio*, die Gaius als voorbeeld nam, bevatte enkel de naam van de eiser. In geval van een persoonlijke actie bevatte de *intentio* beide namen. Daarentegen bevatte de *intentio* van een zakelijke actie alleen de naam van eiser.⁹⁶

Het verschil raakte de kern van het onderscheid tussen persoonlijke en zakelijke acties. De grondslag van de tegenstelling was gelegen in de aard van de acties.⁹⁷ Zoals ik schreef, veronderstelde de eiser, die een persoonlijke actie instelde dat de gedaagde hem een prestatie was verschuldigd op grond van een verbintenis. Het vorderingsrecht dat de eiser had tegen de gedaagde was de actieve zijde van de verbintenis. Het was niet los te zien van de verbintenis en de eiser kon het enkel invoeren tegen degene die aan de passieve zijde van de verbintenis stond, niet tegen een willekeurige derde. De verbintenis verbond eiser en gedaagde en het vorderingsrecht vloeide uit deze verbintenis voort. De eiser kon

⁹⁴ Zie over de bestanddelen van een *formula* p. 18.

⁹⁵ *Intentio* heb ik onvertaald gelaten, omdat het mij juist te doen is, om de betekenis van dit begrip. Spruit vertaalde *intentio* met rechtsbewering.

⁹⁶ Zie Gaius' *Instituten* 4,88. Zie hierover Kaser/Hackl 1996, p. 332 (§ 47). Deze regel kende een paar uitzonderingen. De uitzonderingen waren zakelijke acties waarin de eiser voor recht verklaard wilde zien dat gedaagde een bepaald recht op de zaak niet had, zoals de *actio negatoria* en de *actio servitus altius non tollendi*. Zie Kaser/Hackl 1996, p. 332, nt. 35 (§ 47). Zie over de *actio negatoria* Van Es 2005 en over de *actio servitus altius non tollendi* bijvoorbeeld Lenel 2010 (onveranderde herdruk 1927), p. 194 (§ 73). Bij het instellen van deze acties lag het voor de hand dat de naam van de gedaagde in de *intentio* voorkwam. De eiser stelde de actie in om duidelijk te maken dat de gedaagde een bepaald recht op de zaak niet had.

⁹⁷ Zie Sohm/Mitteis/Wenger 1928, p. 686 (§ 115): 'Der Gegensatz ist kein äußerlicher, sondern durch die innerste Natur der Privatrechte begründet.'

enkel duidelijk maken welke prestatie uit welke verbintenis in het geding was door zowel de naam te noemen van hemzelf, als de naam van degene die aan de passieve zijde van de verbintenis stond. Het noemen van beide namen specificieerde het vorderingsrecht van de eiser.⁹⁸

Indien het een zakelijke actie betrof, was de grondslag van het geding een fundamenteel andere. Niet een verbintenis, maar een bepaalde verhouding tot een zaak was in het geding. Zo kon het zijn dat de eigenaar werd gestoord in het genot van zijn zaak, of dat een ander zijn zaak ten onrechte onder zich had en weigerde af te staan. Ook was het mogelijk dat een ‘beperkt gerechtigde’ zijn recht op de zaak gefrustreerd zag. In al deze gevallen ageerde de eiser met een zakelijke actie. In de *intentio* was het niet nodig de naam van de gedaagde te vermelden, omdat het de eiser om de zaak te doen was en het de eiser niet uitmaakte wie hij als gedaagde trof. Zijn verhouding tot de zaak, of, zoals wij zouden zeggen, zijn recht op de zaak was niet afhankelijk van een verbintenis met de gedaagde. De eiser kon tegen eenieder ageren, die zijn recht op de zaak schond, telkens weer. De *condemnatio* bevatte uiteraard wel de naam van de gedaagde, omdat de rechter daarin de bevoegdheid kreeg de gedaagde te veroordelen of vrij te spreken.⁹⁹

Samengevat, kwam het erop neer dat de *intentio* de aard van de actie verried. De persoonlijke acties waren van nature relatief: de eiser kon een persoonlijke actie slechts instellen tegen een bepaald persoon of tegen een aantal bepaalde personen op grond van een verbintenis. Procedeerde de eiser met een persoonlijke actie, dan stond in de *intentio* de naam van de gedaagde, omdat de eiser moest aangeven welke verbintenis in het geding was. De zakelijke acties waren absoluut van aard: zij konden worden ingesteld tegen eenieder, die inbreuk maakte op de zaak van de eigenaar of op het recht dat een ander had ten aanzien van de zaak. Als de eiser procedeerde met een zakelijke actie, dan beweerde de eiser dat een zaak hem toebehoorde en bevatte de *intentio* enkel de naam van de eiser.

Het fundamentele verschil tussen persoonlijke en zakelijke acties kwam op meer manieren naar voren. Indien de eiser een persoonlijke actie instelde, had de procesovereenkomst, die partijen *in iure* sloten, consumerende werking, dat wil zeggen dat de *litis contestatio* de verbintenis, die in het geding was, teniet deed gaan en verving door een verbintenis onder de opschortende voorwaarde dat een veroordeling volgde.¹⁰⁰ Het sluiten van een procesovereenkomst hield schuldvernieuwing in: de voorwaardelijke vordering uit het proces verving de oorspronkelijke vordering, die tenietging. Gaius schreef:

⁹⁸ Zie Sohm/Mitteis/Wenger 1928, p. 686 (§ 115).

⁹⁹ Zie Gaius’ *Instituten* 4,43.

¹⁰⁰ Zie Kaser/Hackl 1996, p. 299 (§ 42).

Gaius' *Instituten* 3,180

Tollitur adhuc obligatio litis contestatione, si modo legitimo iudicio fuerit actum. Nam tunc obligatio quidem principalis dissolvitur, incipit autem teneri reus litis contestatione; sed si condemnatus sit, sublata litis contestatione incipit ex causa iudicati teneri. Et hoc est quod apud veteres scriptum est: ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem iudicatum facere oportere.

De verbintenis wordt ook nog opgeheven door het sluiten van de procesovereenkomst, als partijen tenminste in een wettelijke procedure opgetreden zijn. Want op dat moment wordt de oorspronkelijke verbintenis ontbonden en wordt de gedaagde uit hoofde van de procesovereenkomst aansprakelijk; en zodra hij veroordeeld is, verliest de procesovereenkomst haar werking en wordt hij op grond van het vonnis aansprakelijk. Dit is ook een adagium dat men in de werken van de oude juristen vindt: vóór het sluiten van de procesovereenkomst behoort de schuldenaar te geven, daarna behoort hij veroordeeld te worden, na zijn veroordeling behoort hij aan het vonnis te voldoen.

Het gevolg van de consumerende werking van de *litis contestatio* was dat het onmogelijk was nogmaals over hetzelfde te procederen.¹⁰¹ Mocht de eiser de procedure verliezen, dan kon de eiser niet nogmaals op dezelfde grondslag een proces beginnen. Voor eens en voor altijd stond vast dat de eiser niet op deze grondslag de prestatie, die in het geding was, van deze gedaagde kon vorderen. In het Romeinse procesrecht gold het adagium *bis de eadem re agere non licet*.¹⁰²

Het *ne bis in idem*-beginsel gold net zo goed als de eiser een zakelijke actie had ingesteld. Het kon echter niet zo zijn, dat de eiser, die met een zakelijke actie procedeerde, nooit meer op grond van zijn zakelijk recht zou mogen procederen. In geval van zakelijke acties had de *litis contestatio* dan ook geen consumerende werking.¹⁰³ Tegen een andere gedaagde of over een andere kwestie kon hij op grond van zijn zakelijk recht een nieuw proces beginnen. Tegen dezelfde gedaagde over dezelfde kwestie kon hij echter niet nogmaals procederen. Een eventuele poging verijdelde de Romeinse juristen door de gedaagde een

¹⁰¹ Zie Kaser/Hackl 1996, p. 299 (§ 42).

¹⁰² Zie Kaser/Hackl 1996, p. 301 (§ 43).

¹⁰³ Zie Gaius' *Instituten* 4,107: '*Si vero legitimo iudicio in personam actum sit ea formula quae iuris civilis habet intentionem, postea ipso iure de eadem re agi non potest, et ob id exceptio supervacua est; si vero vel in rem vel in factum actum fuerit, ipso iure nihilo minus postea agi potest, et ob id exceptio necessaria est rei iudicatae vel in iudicium deductae.*' Vertaling: 'Maar als volgens de wettelijke procedure een persoonlijke actie is ingesteld op basis van een *formula* die een naar het *ius civile* geredigeerde rechtsbewering bevat, kan men van rechtswege naderhand niet nog eens over dezelfde zaak procederen. Daarom is een exceptie dan overbodig. Maar als een zakelijke of een op de feiten toegesneden actie ingesteld is, kan men van rechtswege naderhand desondanks nog eens procederen. Daarom is dan de exceptie van gewijsde of aanhangig gemaakte zaak nodig.'

exceptio te geven, de *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*.¹⁰⁴ Vrijspraak volgde, indien over dezelfde zaak reeds een oordeel was gegeven.

Een ander verschil tussen persoonlijke en zakelijke acties betrof de restitutieclausule, oftewel de *clausula arbitraria*. In de regel bevatten zakelijke acties deze clausule.¹⁰⁵ De clausule gaf gedaagde de mogelijkheid te ontkomen aan een veroordeling door aan de eiser, indien hij daar recht op bleek te hebben, de zaak zelf te geven in plaats van een geldsom die overeenkwam met de waarde van de zaak. Een veroordeling in het Romeinse recht leidde namelijk altijd tot de betaling van een geldsom: *Omnia iudicia pecuniaria sunt*.¹⁰⁶ Reële executie was onbekend in het klassieke recht. Indien, bijvoorbeeld, de eiser het bezit van zijn vaas vorderde, kon de rechter de gedaagde niet veroordelen tot afgifte van de vaas aan de eiser, maar slechts tot betaling van een geldsom. Bevatte een *formula* echter de *clausula arbitraria* dan had de rechter de bevoegdheid de gedaagde vrij te spreken indien hij voor het eindvonnis de zaak gaf aan de eiser.

De gang van zaken in een procedure waarin de restitutieclausule in de *formula* was opgenomen, was namelijk als volgt. Indien de vordering de rechter gegrond voorkwam, wees hij een tussenvonnis waarin hij de gedaagde beval de zaak af te geven, een *iussum de restituendo*. De rechter kon bepaalde voorwaarden stellen, bijvoorbeeld binnen welke termijn de zaak moest worden afgegeven, of zelfs dat naast teruggave van de zaak een schadevergoeding was vereist, bijvoorbeeld als de zaak beschadigd was geraakt.¹⁰⁷ Als de gedaagde gehoor gaf aan het bevel tot teruggave van de zaak, dan volgde vrijspraak in het eindvonnis. Zo niet, dan volgde een veroordeling tot de betaling van een geldsom. De wijze waarop de hoogte van de te betalen geldsom werd vastgesteld, droeg bij aan de effectiviteit van de restitutieclausule. De waardering van de zaak die in het geding was, vond in bepaalde gevallen plaats door de eiser onder ede te laten verklaren

¹⁰⁴ Zie Kaser/Hackl 1996, p. 302 (§ 43).

¹⁰⁵ Zie Kaser/Hackl 1996, p. 335 (§ 48). In Lenel's reconstructie van het Edict ontbrak de restitutieclausule in enige zakelijke acties, zoals bijvoorbeeld de *actio negatoria*. Door het instellen van de *actio negatoria* probeerde de eiser de verklaring te krijgen dat de gedaagde geen recht van vruchtgebruik of erfdienstbaarheid had. De heersende mening is tegenwoordig dat ook in deze actie de restitutieclausule was opgenomen, zie Van Es 2005, p. 19.

¹⁰⁶ Zie Gaius' *Instituten* 4,48: '*Omnium autem formularum quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est. Itaque et si corpus aliquod petamus, velut fundum, hominem, vestem, aurum, argentum, iudex non ipsam rem condemnat eum, cum quo actum est, sicut olim fieri solebat, sed aestimata re pecuniam eum condemnat.*' Vertaling: 'Overigens is in alle *formulae* die een veroordelingsclausule bevatten, de redactie van deze clausule op een waardering in geld gebaseerd. Dus ook als wij een lichamelijke zaak vorderen, zoals een perceel grond, een slaaf, een kledingstuk, goud of zilver, veroordeelt de rechter de gedaagde niet tot de zaak zelf – zoals dat vroeger placht te gebeuren –, maar na een schatting van de waarde hiervan, tot een geldsom.' Zie Kaser/Hackl 1996, p. 371 (§ 54).

¹⁰⁷ Zie Kaser/Hackl 1996, p. 338 (§ 48).

hoeveel deze hem waard was. Het betrof gevallen waarin de gedaagde de zaak weigerde af te geven, ondanks het feit dat afgifte mogelijk was en gevallen waarin de gedaagde er opzettelijk voor had gezorgd dat afgifte onmogelijk was.¹⁰⁸ De eiser kon de waarde van de zaak aan de hoge kant inschatten, hetgeen voor de gedaagde aanleiding zal zijn geweest om de zaak op grond van het tussenvonnis af te geven. De eiser was bij de schatting van de waarde namelijk niet gebonden aan een maximum, tenzij de rechter op grond van de redelijkheid en de billijkheid een bovengrens aan de eed had toegevoegd.¹⁰⁹ De Romeinse juristen rechtvaardigden de mogelijkheid dat het bedrag van de veroordeling hoger kon uitvallen als gevolg van de schattingseed door te wijzen op de weigerachtigheid van de gedaagde. Weigerachtigheid diende te worden bestraft.¹¹⁰ Bovendien wilden de juristen voorkomen dat iemand door onrechtmatige toeëigening een zaak tegen de wil van de eigenaar verkreeg door betaling van een behoorlijke prijs.¹¹¹

Een voorbeeld van een *formula* met een restitutieclausule was de *reivindicatio*, oftewel de revindicatie. De revindicatie was de actie waarmee een Romeins burger zijn zaak kon opeisen van een bezitter. Lenel reconstrueerde de *formula* als volgt.¹¹²

¹⁰⁸ Zie hierover Kaser/Hackl 1996, p. 339 (§ 48).

¹⁰⁹ Zie D. 12,3,4,2, een fragment van Ulpianus. Zie tevens D. 6,1,68, een ander fragment van Ulpianus.

¹¹⁰ Zie bijvoorbeeld Ulpianus in een fragment, dat ons is overgeleverd als D. 12,3,1. Ook Paulus schreef dat arglist of weigerachtigheid van degene, die niet tot afgifte of productie overging, werd bestraft door de eiser onder ede de waarde van de zaak te laten schatten; zie D. 12,3,2. Zie wat betreft weigerachtigheid ten slotte D. 12,3,8, Marcellus, *Digesten* VIII: ‘*Tutor rem adulti, quam possidet, restituere ei non vult: quaero, utrum quanti res est an quanti in litem iuratum fuerit condemnari debet, respondi: non est aequum pretio, id est quanti res est, litem aestimari, cum et contumacia punienda sit et arbitrio potius domini rei pretium statuendum sit potestate petitori in litem iurandi concessa.*’ Vertaling: ‘Een voogd wil de zich in zijn bezit bevindende zaak van een inmiddels volwassen geworden persoon niet aan hem afgeven. Mijn vraag is of deze voogd veroordeeld moet worden tot de waarde van de zaak of tot het bedrag waarop de zaak onder ede geschat is. Mijn antwoord luidt: het is niet billijk dat het procesobject naar zijn prijs, d.w.z. naar zijn waarde, wordt geschat, allereerst omdat de weigerachtigheid bestraft dient te worden en verder omdat het verkieslijker is om de waardebepaling te laten plaatsvinden op basis van het oordeel van de eigenaar van de zaak door aan de eiser de gelegenheid te geven om de schattingseed af te leggen.’

¹¹¹ Zie D. 6,1,70 i.f.: Pomponius sprak in dit fragment niet expliciet over de schattingseed, maar de context van het fragment is een aanwijzing dat Pomponius doelde op het geval waarin de gedaagde opzettelijk de zaak weigerde af te geven. Zie eveneens D. 25,2,9, Paulus, *Het Edict XXXVII*: ‘*Non enim aequum est invitum suo pretio res suas vendere.*’ Vertaling: ‘Het is immers niet billijk dat iemand tegen zijn wil zijn eigen zaken voor hun reële prijs moet verkopen.’ Zie hierover Kaser/Hackl 1996, p. 339 (§ 48).

¹¹² Zie Lenel 2010 (onveranderde herdruk 1927), p. 185-186 (§ 69). De vertaling is deels afkomstig van Ankum & Hartkamp 1973, p. 182.

Iudex esto. Si paret rem qua de agitur ex iure Quiritium Auli Agerii esse neque ea res arbitrio iudicis Aulo Agerio restituatur, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato si non paret absolvito.

X zij rechter. Als blijkt dat de zaak waarover geageerd wordt naar *ius civile* van Aulus Agerius is en die zaak op grond van uw tussenvonnis niet is teruggegeven, dan moet U, rechter, Numerius Negidius jegens Aulus Agerius veroordelen tot zoveel geld als die zaak waard zal zijn. Indien dit niet blijkt, moet u hem vrijspreken.

In het algemeen ontbrak in persoonlijke acties de restitutieclausule, zie bijvoorbeeld de *formula* van de *actio empti*, oftewel de actie uit koop. Lenel meende dat de *formula* er als volgt uitzag.¹¹³

Iudex esto. Quod Aulus Agerius Numerio Negidio hominem qua de agitur vendidit, qua de re agitur, quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona, eius iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato si non paret absolvito.

X zij rechter. Wat betreft het feit dat Aulus Agerius aan Numerius Negidius de slaaf waarover geageerd wordt verkocht heeft, over welke zaak nu geageerd wordt, moet U, rechter, Numerius Negidius jegens Aulus Agerius veroordelen tot al datgene dat gedaagde deswege op grond van de goede trouw aan eiser behoort te geven of behoort te doen. Indien dit niet blijkt, moet u hem vrijspreken.

Een aantal acties week af van het gebruikelijke stramien. Enkele persoonlijke acties bevatten namelijk ook de *clausula arbitraria*. Het waren de persoonlijke acties, die tot doel hadden het geven van een zaak.¹¹⁴ De Romeinse juristen keken per actie of het zinvol was de gedaagde de mogelijkheid tot afgifte te geven teneinde veroordeling te voorkomen. Een persoonlijke actie leende zich in de regel niet voor een bevel tot afgifte van de zaak, omdat aan een persoonlijke actie een verbintenis met de gedaagde ten grondslag lag en niet een recht op een zaak. De eiser vorderde niet een zaak, maar een prestatie van de gedaagde. In geval van enkele persoonlijke acties was de eiser echter geholpen als de gedaagde een bepaalde zaak gaf. Een voorbeeld was het geval waarin de gedaagde de eiser onder dwang een zaak in eigendom over had laten dragen aan hem. De eiser had een persoonlijke actie om de hem onder dwang afhandig gemaakte zaak terug te krijgen. Hij was gebaat bij de *clausula arbitraria*. In dit geval kon hij dan ook gebruik maken van deze clausule.¹¹⁵

Het verschil tussen zakelijke en persoonlijke acties bleek verder, indien de gedaagde weigerde om bij de praetor zijn medewerking te verlenen aan het

¹¹³ Zie Lenel 2010 (onveranderde herdruk 1927), p. 299 (§ 110). De vertaling is deels afkomstig van Ankum & Hartkamp 1973, p. 179.

¹¹⁴ Het betrof ‘*einige teils rein sachverfolgende, teils zugleich pönale actiones in personam*.’ Zie Kaser/Hackl 1996, p. 335 (§ 48). Zie ook Justinianus’ *Instituten* 4,6,31.

¹¹⁵ Zie over de restitutieclausule in de *actio quod metus causa* Spruit 2003, p. 422 (nr. 604).

sluiten van een procesovereenkomst, een *litis contestatio*. Indien de eiser een zakelijke actie instelde, dan lieten de gevolgen van het zich niet verdedigen zien dat de actie op de zaak was gericht. Het niet-verdedigen had voor de gedaagde maar één consequentie, namelijk het verlies van de zaak aan de eiser.¹¹⁶ Betrof het een roerende zaak, die *in iure* aanwezig was, dan mocht de eiser de zaak meenemen.¹¹⁷ Was de zaak niet *in iure* aanwezig, dan kon de eiser tegen de gedaagde de persoonlijke *actio ad exhibendum*, de actie tot productie instellen, die ertoe kon leiden dat de gedaagde zijn gehele vermogen kwijtraakte, indien hij bleef weigeren deel te nemen aan de procedure.¹¹⁸ Deze actie tot productie was enkel van toepassing in geval van zakelijke acties betreffende roerende zaken.¹¹⁹ Betrof de procedure een onroerende zaak, dan stelde de praetor op restitutie gerichte interdicten ter beschikking.¹²⁰

Indien door de eiser een persoonlijke actie was ingesteld, dan bleek dat de actie daadwerkelijk tegen de gedaagde was gericht op het moment dat de gedaagde zich niet verweerde bij de praetor.¹²¹ De eiser mocht in dat geval overgaan tot executie alsof de gedaagde het proces had verloren. Zoals ik schreef, richtte de executie zich in het oudste Romeinse recht tegen de persoon van de gedaagde, later op diens vermogen.¹²² Betrof het een gedaagde die zich niet had verweerd, die *indefensus* was, dan was het beslag voorwaardelijk in die zin dat het werd opgeheven als de gedaagde zich alsnog verweerde, of als een ander zijn verdediging op zich nam.¹²³

Samenvattend concludeer ik dat de hoofdingeling van de acties in het Romeinse recht de indeling was in persoonlijke en zakelijke acties. De persoonlijke acties waren relatief van aard, dat wilde zeggen dat een persoonlijke actie enkel kon worden ingesteld tegen diegene van wie de eiser op grond van een verbintenis een prestatie tegoed meende te hebben. Een zakelijke actie was absoluut van aard. De eigenaar van een lichamelijke zaak, of iemand met een ‘beperkt recht’ op een lichamelijke zaak kon de zakelijke actie instellen tegen ieder die inbreuk maakte op zijn recht.

Wat betreft de verpanding van een vordering is het de vraag of de *actio utilis* van de pandhouder een zakelijke of een persoonlijke actie was. Degene aan

¹¹⁶ Zie Kaser/Hackl 1996, p. 274 en verder (§ 38).

¹¹⁷ Zie Van Es 2005, p. 9.

¹¹⁸ Zie over deze actie Digestentitel 10,4.

¹¹⁹ Zie D. 10,4,3-7. Een uitzondering vormden de noxale acties. Een *actio ad exhibendum* behoorde tot de mogelijkheden in geval van een noxale actie, zie D. 10,4,3,7. De *actio ad exhibendum* had meerdere functies. Zo kon deze actie ook worden gebruikt om informatie te verkrijgen, bijvoorbeeld gegevens uit een boekhouding, zie D. 10,4,3,14.

¹²⁰ Zie Van Es 2005, p. 10.

¹²¹ Zie Kaser/Hackl 1996, p. 277 en verder (§ 38).

¹²² Zie over de wijzen waarop door de tijd heen een vonnis werd geëxecuteerd: p. 21.

¹²³ Zie D. 42,5,33,1.

wie een lichamelijke zaak was verpand, kon het bezit van de hem verpande zaak opeisen met de zakelijke *actio Serviana*.¹²⁴ De *formula* van de *actio Serviana* was volgens Lenel de volgende.¹²⁵

Si paret inter Aulum Agerium et Lucium Titium convenisse, ut ea res qua de agitur Aulo Agerio pignori esset propter pecuniam debitam, eamque rem tunc, cum conveniebat, in bonis Lucii Titii fuisse eamque pecuniam neque solutam neque eo nomine satisfactum esse neque per Aulum Agerium stare quo minus solvatur, nisi ea res arbitrio iudicis restituatur, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex Numerius Negidius Aulo Agerio, condemnna, si non paret, absolve.

Als blijkt dat Aulus Agerius en Lucius Titius zijn overeengekomen, dat deze zaak waarover het gaat, Aulus Agerius tot pand zou strekken vanwege een geldschuld en dat die zaak ten tijde van het sluiten van de overeenkomst zich in het vermogen van Lucius Titius bevond en dat het geld niet is betaald, noch voor deze vordering voldoening is gegeven en dat het niet aan Aulus Agerius heeft gelegen dat er niet is betaald, dan moet Gij, rechter, tenzij die zaak op grond van uw tussenvonnissen is teruggegeven, Numerius Negidius jegens Aulus Agerius tot zoveel geld veroordelen als die zaak waard zal zijn; indien dit niet komt vast te staan, moet gij hem vrijspreken.

De pandhouder vorderde met de *actio Serviana* eigenlijk het bezit van de hem verpande zaak. De pandhouder kon de actie instellen tegen eenieder, die de verpande zaak bezat. De *actio Serviana* was dan ook geen actie gebaseerd op een verbintenis tussen eiser en gedaagde, maar een actie gebaseerd op het pandrecht dat de pandhouder had op de lichamelijke zaak. Uit de *formula* van de *actio Serviana* bleek het zakelijke karakter. Zo ontbrak de naam van de gedaagde in de *intentio* en bevatte de actie de restitutieclausule, die tot vrijspraak leidde indien de zaak gedurende het proces aan de pandhouder werd gegeven.

De *actio utilis* van degene aan wie een vordering was verpand, verschilde fundamenteel van de *actio Serviana*. Om te beginnen vorderde de pandhouder met de *actio utilis* niet het bezit van de hem verpande vordering. Zoals ik hierna zal uitleggen, was bezit van een vordering onmogelijk in het Romeinse recht.¹²⁶ De gedaagde kon op geen enkele manier de vordering afgeven aan de pandhouder,

¹²⁴ Zie D. 20,1,17, Ulpianus, *Het Edict XV*: ‘*Pignoris persecutio in rem parit actionem creditori.*’ Vertaling: ‘De opvordering van een pand doet voor de schuldeiser een zakelijke actie ontstaan.’ Zie verder het fragment van Marcianus, dat ons bekend is als D. 20,1,16,3. Zie eveneens D. 21,2,66pr., een fragment van Papinianus. Zie tenslotte Ulpianus in een fragment ons bekend als D. 10,4,3,3. Justinianus herhaalde later in zijn *Instituten* dat de *Serviana* een zakelijke actie was, zie Justinianus’ *Instituten* 4,6,31. Zie over het zakelijke karakter van de *Serviana* in de literatuur Kaser 1982, p. 154 (= Kaser 1976, p. 255 en verder). Zie verder Krämer 2007, p. 39 en Wubbe 1965, kolom 340/341. Zie tenslotte het handboek van Kaser: Kaser 1971 (RP I), p. 473 (§ 111). Kaser: ‘*Auch was den Einlassungszwang, das Restitutionsverfahren, den Inhalt und die Wirkungen anlangt, folgt die Pfandklage dem Muster der Eigentumsklage.*’

¹²⁵ Zie Lenel 2010 (onveranderde herdruk 1927), p. 494 (§ 267).

¹²⁶ Zie § 3.4.

omdat een vordering niet tastbaar was. De *formula* van de *actio utilis* bevatte hoogstwaarschijnlijk dan ook niet de restitutieclausule, omdat de actie niet draaide om de afgifte van een zaak. De *actio utilis* had tot doel het innen van de verpande vordering.¹²⁷

Verder was het ondenkbaar dat voor het eerst in de *condemnatio* de naam van de gedaagde voorkwam, zoals in de zakelijke *actio Serviana*. Welke vordering was verpand, moest de pandhouder eerder specificeren door de namen van de schuldeiser en de schuldenaar van de verpande vordering te noemen. Aanduiden welke vordering het betrof, kon op geen andere wijze dan de personen te benoemen die aan de actieve en aan de passieve zijde van die verbintenis stonden.

Wat betreft de *condemnatio* gold bovendien dat deze in de *actio utilis* van de pandhouder niet zo luidde als de *condemnatio* van de *actio Serviana*. In de *Serviana* moest de rechter gedaagde veroordelen tot zoveel als de verpande zaak waard was, indien de pandhouder de gestelde feiten wist te bewijzen en indien de gedaagde de zaak niet voor het eindvonnis aan de pandhouder gaf. Deze *condemnatio* paste in een zakelijke actie. De *actio utilis* van de pandhouder aan wie een vordering was verpand, leidde tot inning van de verpande vordering, zo blijkt uit de bronnen.¹²⁸ De pandhouder mocht de vordering innen tot het bedrag dat de pandgever hem schuldig was. Inning van de verpande vordering bereikte de rechter door de schuldenaar van de verpande vordering te veroordelen tot hetgeen hij de pandgever was verschuldigd. De *condemnatio* van de *actio utilis* moest dus zo luiden dat de rechter de schuldenaar veroordeelde tot hetgeen hij de pandgever behoorde te geven of voor de pandgever behoorde te doen, althans voor zover dit niet het bedrag te boven ging dat de pandgever was verschuldigd aan de pandhouder. Behelsde de verpande vordering de betaling van een geldbedrag, dan veroordeelde de rechter de gedaagde tot de betaling van een geldbedrag. Betrof de verpande vordering een geven of een doen, dan volgde waardering van deze prestatie op een geldbedrag, omdat alle veroordelingen in het Romeinse recht veroordelingen waren tot de betaling van een geldbedrag.¹²⁹ Indien het de pandhouder lukte de verpande vordering te innen buiten de rechter om, dan verkreeg hij de prestatie waarop de pandgever recht had, bijvoorbeeld een bepaalde zaak.

Tenslotte waren de dwangmiddelen, die de pandhouder ter beschikking stonden niet dezelfde als bij de zakelijke pandactie. Zo kon hij, die een vordering verpand had gekregen, anders dan bij de verpanding van een roerende zaak, niet de *actio ad exhibendum* instellen. Kaser concludeerde:

¹²⁷ Zie Kaser 1969, p. 183 (= Kaser 1970, p. 405).

¹²⁸ Zie hiervoor hoofdstuk 1.

¹²⁹ Zie hiervoor p. 29.

*‘Da sich die Klage auf die persönliche Haftung stützt, kommt vielmehr nur wie bei allen persönlichen Klagen die Androhung der missio in bona rei servandae causa in Betracht.’*¹³⁰

Al deze verschillen tussen de *actio Serviana* en de *actio utilis* van de pandhouder aan wie een vordering was verpand, maken dat de *actio utilis* van de pandhouder geen zakelijke actie was, maar een persoonlijke actie.¹³¹ De *actio utilis* was een actie uit een verbintenis en niet een actie waarmee de pandhouder probeerde een recht op een zaak geldend te maken. De vordering was de actieve zijde van een band, die het recht schiep tussen schuldeiser en schuldenaar, een *vinculum iuris*.¹³² De verpanding van een vordering leidde ertoe dat de pandhouder onder bepaalde voorwaarden bevoegd was om de vordering te innen in de plaats van de pandgever. De schuldenaar van de verpande vordering betaalde dan bevrijdend aan de pandhouder.

De pandhouder kon bovendien niet meer hebben dan een persoonlijke actie, aangezien de pandgever zelf niet meer had dan een persoonlijke actie. Uitgangspunt van het Romeinse rechtstelsel was dat niemand meer rechten kon overdragen dan hij zelf had.¹³³ In geval van verpanding gold dit uitgangspunt onverkort. Zo verklaarde Papinianus dat de schuldeiser niet meer kon hebben dan hij, die het pand gaf:

*‘Non plus habere creditor potest, quam habet qui pignus dedit.’*¹³⁴

3.3 Een vordering als onlichamelijke zaak

3.3.1 Gaius’ onderscheid tussen lichamelijke en onlichamelijke zaken

Gaius is de ons overgeleverde uitzondering die de regel bevestigt dat de Romeinse juristen het recht niet als systeem benaderden.¹³⁵ Zijn leerboek en het daarin

¹³⁰ Zie Kaser 1969, p. 183 (= Kaser 1970, p. 405).

¹³¹ Zie bijvoorbeeld Kaser 1969, p. 183 en verder (= Kaser 1970, p. 405 en verder).

¹³² Zie hiervoor § 3.1.

¹³³ Zie de zinspreuk van Ulpianus, ons bekend uit D. 50,17,54: *‘Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet.’* Paulus betoogde hetzelfde, zie D. 50,17,175,1: *‘Non deo melioris condicionis esse, quam auctor meus, a quo ius in me transit.’* Vertaling: ‘Ik mag niet in een betere positie verkeren dan de voorman van wie een recht op mij is overgegaan.’

¹³⁴ Zie D. 20,1,3,1.

¹³⁵ Gaius was niet de enige uitzondering en niet de eerste. Een paar eeuwen voor Gaius schreef bijvoorbeeld Quintus Mucius Scaevola reeds een systematische uiteenzetting over het Romeinse recht. Zie hierover Schulz 1961, p. 111. Zie over de Romeinse rechtswetenschap in de klassieke tijd Schulz 1961, p. 117 en verder. Kaser vond het werk van Quintus Mucius niet bijzonder systematisch van aard, zie Kaser 1953, p. 138.

gemaakte onderscheid tussen lichamelijke en onlichamelijke zaken heeft in grote mate de rechtsgeschiedenis beïnvloed, onder meer doordat Justinianus Gaius' onderscheid overnam in zijn *Instituten*.¹³⁶

Gaius deelde zijn *Instituten* in drie delen: eerst sprak hij over personen, vervolgens over zaken en tenslotte over acties.

Gaius' *Instituten* 1,8

Omne autem ius quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones.	Al het recht dat wij toepassen heeft betrekking op personen, op zaken of op acties. ¹³⁷
---	--

Deze driedeling werkte Gaius uit in vier boeken. In het eerste boek behandelde hij de personen, in het tweede en derde boek de zaken en in het laatste boek de acties. Gaius gebruikte niet een begrip als 'subjectief recht' om de stof te ordenen.¹³⁸ Gaius miste dat begrip bovendien niet doordat hij het begrip 'zaak' ruim opvatte. Niet alleen het tastbare noemde hij 'zaak', maar ook het ontastbare dat in rechte bestond. Gaius legde zijn publiek uit welke personen een rol speelden op het juridische toneel, over welke zaken de personen procedeerden en door middel van welke processuele middelen ze hun recht behaalden.¹³⁹

Voorop plaatste Gaius het onderscheid tussen zaken, die aan goddelijk recht waren onderworpen en zaken, die aan menselijk recht waren onderworpen. Zaken, die aan goddelijk recht waren onderworpen, waren bijvoorbeeld gewijde zaken.¹⁴⁰ Van goddelijke zaken konden mensen geen eigenaar zijn. De zaken, die aan menselijk recht waren onderworpen, onderscheidde Gaius in publieke en private zaken.¹⁴¹ Publieke zaken behoorden niet toe aan één individu, maar waren gemeenschappelijk. Private zaken behoorden toe aan individuele personen.¹⁴²

¹³⁶ Zie over de *Instituten* van Gaius hiervoor p. 4 en zie Nelson 1981. Zie over Gaius bijvoorbeeld Kunkel 1967, p. 186 en verder. Kunkel schreef dat het leerboek van Gaius het standaardwerk werd voor het onderwijs aan juristen (Kunkel 1967, p. 187): '*Seit dem Ausgang des dritten Jahrhunderts taucht sein Institutionenlehrbuch an allen Enden des Reiches auf und wird eine Hauptgrundlage des juristischen Unterrichts und der Gesetzgebung.*' Justinianus gaf zijn *Instituten* bovendien vorm naar het voorbeeld van die van Gaius. Het onderscheid tussen lichamelijke en onlichamelijke zaken nam Justinianus over; zie Justinianus' *Instituten* 2,1-2.

¹³⁷ De vertaling van Spruit c.s. was als volgt: 'Al het recht dat wij toepassen heeft betrekking op personen, op vermogen of op middelen om zijn recht te handhaven.' Mijn vertaling heeft mijn voorkeur, omdat ik hierna terugkom op Gaius' definitie van het begrip *res*. *Res* waren lichamelijke en onlichamelijke zaken. Spruit c.s. vertaalde *res* als vermogen. Als ik deze term zou gebruiken, dan zou de lezer het verband met het volgende kunnen ontgaan.

¹³⁸ Zie § 2.1.

¹³⁹ Vgl. Kreller 1948, p. 581-582.

¹⁴⁰ Zie Gaius' *Instituten* 2,2-9.

¹⁴¹ Zie Gaius' *Instituten* 2,10-11.

¹⁴² Zie Gaius' *Instituten* 2,11.

Deze zaken bevonden zich, met andere woorden, in het vermogen van een particulier.¹⁴³

Na deze vaststelling stapte Gaius zonder toelichting over op een ander onderscheid, namelijk het onderscheid tussen lichamelijke en onlichamelijke zaken. Gaius zei enkel '*praeterea*', oftewel 'voorts'. Zaken, die konden worden aangeraakt, noemde hij lichamen en zaken, die niet konden worden aangeraakt, onlichamelijk. Gaius maakte het onderscheid tussen lichamelijke en onlichamelijke zaken niet expliciet als onderverdeling van de zaken, die aan particulieren toebehoren. Uit het vervolg op het fragment waarin Gaius het onderscheid maakte tussen lichamelijke en onlichamelijke zaken blijkt echter dat Gaius geïnteresseerd was in lichamelijke en onlichamelijke zaken, die tot particuliere vermogens behoorden. Gaius besprak bijvoorbeeld hoe zaken werden verkregen onder bijzondere en onder algemene titel.¹⁴⁴ Van een dergelijke verkrijging was geen sprake in geval van goddelijke zaken, omdat die tot niemands vermogen behoorden.¹⁴⁵ Gaius schreef het volgende.¹⁴⁶

Gaius' *Instituten* 2,12-14

Quaedam praeterea res corporales sunt, quaedam incorporales. 13. Corporales hae sunt, quae tangi possunt, velut fundus, homo, vestis, aurum, argentum et denique aliae res innumerabiles. 14. Incorporales sunt, quae tangi non possunt, qualia sunt ea, quae in iure consistunt, sicut hereditas, ususfructus, obligationes quoquo modo contractae. Nec ad

Vervolgens zijn sommige zaken lichamen, andere onlichamelijk. 13. Lichamen zijn de zaken die aangeraakt kunnen worden, zoals een perceel grond, een slaaf, een kledingstuk, goud of zilver en, kortom, talloze andere zaken. 14. Onlichamelijke zaken kunnen niet worden aangeraakt. Dat zijn zulke die bestaan in een recht, zoals van erfgenaamschap of vruchtgebruik en vorderingsrechten, hoe ook tot stand gekomen. Het doet niet ter zake dat

¹⁴³ Zie Gaius' *Instituten* 2,1. Gaius begon het tweede boek van zijn *Instituten* als volgt: '*Superiore commentario de iure personarum exposuimus; modo videamus de rebus; quae vel in nostro patrimonio sunt vel extra nostrum patrimonium habentur.*' Vertaling: 'In het voorafgaande boek hebben wij een verhandeling gegeven over het personenrecht. Laten wij nu de zaken eens gaan bekijken. Deze bevinden zich in ons particuliere vermogen of worden niet tot dat vermogen gerekend.'

¹⁴⁴ Zie Gaius' *Instituten* 2,97: '*Hactenus tantisper admonuisse sufficit quemadmodum singulae res nobis adquirantur. Nam legatorum ius, quo et ipso singulas res adquirimus, opportuni alio loco referemus. Videamus itaque nunc quibus modis per universitatem res nobis adquirantur.*' Vertaling: 'Voor het ogenblik is hiermee voldoende duidelijk gemaakt op welke wijze afzonderlijke zaken door ons verkregen worden. Want het recht met betrekking tot legaten, waardoor wij eveneens afzonderlijke zaken verkrijgen, zullen wij elders in een juistere samenhang aan de orde stellen. Laten wij daarom nu eens zien op welke manieren zaken onder algemene titel door ons verworven worden.'

¹⁴⁵ Zie Gaius' *Instituten* 2,9. Gaius stelde vast dat wat aan goddelijk recht was onderworpen tot niemands vermogen behoorde.

¹⁴⁶ De compilatoren van het *Corpus Iuris Civilis* namen het volgende fragment van Gaius over in D. 1,8,1,1. Justinianus nam het onderscheid bovendien over in zijn *Instituten*, zie Justinianus' *Instituten* 2,2pr.-2,2,2.

rem pertinet, quod in hereditate res corporales continentur, et fructus, qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt, et id, quod ex aliqua obligatione nobis debetur, plerumque corporale est, veluti fundus, homo, pecunia: nam ipsum ius successionis et ipsum ius utendi fruendi et ipsum ius obligationis incorporale est. Eodem numero sunt iura praediorum urbanorum et rusticorum. (...)

een nalatenschap lichamelijke zaken omvat en dat vruchten die uit de grond worden getrokken lichamenlijk zijn en dat hetgeen ons uit hoofde van enig vorderingsrecht verschuldigd is, meestal lichamenlijk is, bijv. een perceel grond, een slaaf of geld. Want het recht van erfopvolging zelf, het recht van vruchtgebruik en het vorderingsrecht zelf zijn onlichamenlijk. Tot de onlichamenlijke zaken worden ook de op bebouwde en onbebouwde grond gevestigde rechten gerekend. (...)

Gaius schreef dat onlichamenlijk de zaken zijn, die ‘*in iure consistunt*’.¹⁴⁷ Dezelfde zinsnede gebruikte Pomponius in zijn commentaar op Sabinus:

D. 43,26,15,2

Pomponius, libro vicensimo nono ad Sabinum. Precario habere etiam ea quae in iure consistunt possumus, ut immissa vel protecta.

Pomponius, Op Sabinus XXIX. Ter bede kunnen wij ook hebben wat bestaat in een recht, zoals [de erfdienstbaarheden] van inbalking en afdak.

Pomponius was een tijdgenoot van Gaius en van de twee waarschijnlijk de oudere. Pomponius en Gaius hadden veel met elkaar gemeen. Zo werkten zij beiden in het onderwijs en waren zij allebei geïnteresseerd in rechtsgeschiedenis. Verschillende rechtshistorici hebben betoogd dat Pomponius een voorbeeld was voor Gaius.¹⁴⁸ Anderen beweerden het tegenovergestelde.¹⁴⁹ Pugsley wist zichzelf er zelfs van te overtuigen dat Pomponius en Gaius één en dezelfde persoon waren.¹⁵⁰

¹⁴⁷ In de *Instituten* van Gaius, zoals Niebuhr deze begin negentiende eeuw vond, ontbrak het voorzetsel ‘*in*’. De heersende leer gaat er, wat mij betreft terecht, van uit dat dit voorzetsel in het origineel stond. Zie hierover Falcone 2012, p. 128-130. Falcone concludeerde (Falcone 2012, p. 130): ‘*A mio avviso, la genuina scrittura gaiana comprendeva anche la preposizione “in”, la quale dovette cadere per un facile incidente nella tradizione del testo.*’ Zie over deze controverse verder bijvoorbeeld David en Nelson 1960, p. 240. David en Nelson concludeerden dat ze ‘*einen Ausfall der Präposition in anzunehmen haben, der vor iure paläographisch nicht schwer zu erklären ist.*’ Voor het aannemen van het ten onrechte wegvallen van ‘*in*’ pleit de aanwezigheid van dit woord in D. 1,8,1,1 en Justinianus’ *Instituten* 2,2,2. In beide fragmenten gaat het vooraf aan ‘*iure consistunt*’. Ook in de *Epitome* van Gaius staat bovendien ‘*in iure consistunt*’ (zie Gaius’ *Epitome* 2,1,2).

¹⁴⁸ Zie over deze kwestie met verwijzingen naar literatuur betreffende deze kwestie: Stanojević 1997, p. 334.

¹⁴⁹ Zie bijvoorbeeld Krüger 1912, p. 201 en Honoré 1962, p. 57.

¹⁵⁰ Zie Pugsley 1994, p. 353 en verder.

Pugsley's standpunt getuigt van creativiteit maar zijn argumenten overtuigen niet.¹⁵¹ Het is de vraag of uit verwijzingen in hun geschriften blijkt dat Pomponius en Gaius bekend waren met elkaars werk.

Ons is één fragment bekend, waarin Pomponius verwees naar Gaius.¹⁵² Onder meer Lenel meende echter dat het een interpolatie betrof van de samenstellers van het *Corpus Iuris*.¹⁵³ Pomponius zou niet zelf hebben verwezen naar '*Gaius noster*', aangezien dit een koosnaam was, die Justinianus gebruikte voor Gaius. Het gebruik van deze koosnaam is inderdaad verdacht. Ofwel Pomponius voelde grote genegenheid en respect voor Gaius, ofwel de compilatoren van het *Corpus Iuris* waren verantwoordelijk voor het gebruik van deze naam. Indien het eerste waar zou zijn, bevreedt het dat we in andere fragmenten van Pomponius geen verwijzing naar Gaius aantreffen. Indien de compilatoren verantwoordelijk waren voor het gebruik van de koosnaam die Justinianus gebruikte voor Gaius, wil dat echter niet zeggen dat hun interpolatie van de tekst van Pomponius zo ver ging dat Pomponius in zijn geheel niet naar Gaius verwees. Het toevoegen van een antwoord van Gaius in een fragment van Pomponius, lag niet voor de hand omdat het in zou zijn gegaan tegen de werkwijze van de compilatoren. De samenstellers van het *Corpus Iuris* waren gewoon om fragmenten van juristen elkaar te laten opvolgen, stevast met een verwijzing naar de jurist en naar het werk van die jurist waaruit het fragment afkomstig was. Ik denk om die reden dat Pomponius wel degelijk naar Gaius heeft verwezen, maar betwijfel of die verwijzing plaatsvond met de toevoeging '*noster*'.

Of uit Gaius' geschriften blijkt dat hij bekend was met het werk van Pomponius is minstens zo lastig vast te stellen. In de *Instituten* verwees Gaius eenmaal naar een Sextus, maar het is niet duidelijk of hij hiermee Sextus Pomponius bedoelde.¹⁵⁴

Pomponius en Gaius gebruikten de zinsnede '*quae in iure consistunt*' op dezelfde manier en beiden noemden als voorbeeld een erfdiensbaarheid. Het fragment van Pomponius was afkomstig uit zijn commentaar op Sabinus. Sabinus was een jurist uit de vroegklassieke periode, die een boek schreef over het *ius civile*. We weten niet in hoeverre Sabinus verantwoordelijk kan worden gehouden

¹⁵¹ Zie Stanojević 1997, p. 333 en verder.

¹⁵² Zie D. 45,3,39. Pomponius stelde zichzelf de vraag welke actie in een bepaald geval gebruikt moest worden. Zijn antwoord eindigde met een verwijzing naar Gaius: '*Et non sine ratione est, quod Gaius noster dixit, condici id in utroque casu posse domino.*' Vertaling: 'En dan is wat onze Gaius heeft gezegd niet zonder grond, namelijk dat in beide gevallen een condictie tegen de meester kan worden ingesteld.'

¹⁵³ Zie Lenel 1889, p. 71, nt. 4. Zie verder Pugsley 1994, p. 362.

¹⁵⁴ Zie Gaius' *Instituten* 2,218. Pugsley schreef dat Sextus verwees naar Sextus Africanus; zie Pugsley 1994, p. 361, nt. 17. Wat mij betreft had Krüger het bij het rechte eind, toen hij schreef dat er geen aanwijzing is welke Sextus Gaius bedoelde, zie Krüger 1912, p. 195, nt. 26.

voor deze zinswending, omdat het werk van Sabinus ons niet is overgeleverd.¹⁵⁵ Wat betreft de indeling van het werk van Sabinus laten reconstructies zien dat zijn boek een andere opbouw kende dan de *Instituten* van Gaius.¹⁵⁶ Het onderscheid tussen lichamelijke en onlichamelijke zaken was Sabinus bovendien vreemd.¹⁵⁷ Hoewel Pomponius wel de zinsnede ‘*quae in iure consistunt*’ gebruikte, kende hij net zomin als Sabinus het begrip onlichamelijke zaak. Voor zover ons bekend, was Gaius de eerste die expliciet het onderscheid maakte tussen lichamelijke en onlichamelijke zaken in de juridische wereld.¹⁵⁸

Veel is geschreven over de herkomst van Gaius’ onderscheid tussen lichamelijke en onlichamelijke zaken.¹⁵⁹ Een vergelijkbaar onderscheid was bekend in de filosofie en de grammatica. Cicero onderscheidde een paar eeuwen voor Gaius in zijn *Topica* ‘zaken die zijn’ en ‘zaken die niet zijn, maar die bestaan in gedachten’. Zaken die zijn, waren volgens Cicero zaken die gezien en aangeraakt konden worden. Cicero’s ‘zaken die zijn’, waren dezelfde als Gaius’ lichamelijke zaken. Beiden hanteerden de aanraakbaarheid van een zaak als onderscheidend criterium. Cicero schreef:

Cicero, *Topica* 26 en 27¹⁶⁰

Definitio est oratio quae id quod definitur explicat quid sit. Definitionum autem duo genera prima: unum earum rerum quae sunt, alterum earum quae intelleguntur. [27] Esse ea dico quae cerni tangique possunt, ut fundum aedes,

Een definitie is een tekst die uitlegt wat het object van de definitie is. Er bestaan twee hoofdsorten van definities: één van dingen die bestaan, de andere van dingen die met de geest worden begrepen. [27] Onder dingen die bestaan versta ik wat kan worden gezien en aangeraakt, zoals land, een huis, een muur, een

¹⁵⁵ Falcone sloot niet uit dat deze zinsnede afkomstig was van Sabinus. Zie Falcone 2012, p. 136, nt. 28: ‘*In ragione sia della presenza nei libri ad Sabinum pomponiani sia del generale riferirsi di Gaio alla tradizione sabiniana non potrebbe escludersi una utilizzazione del modulo terminologico-concettuale in questione già da parte dello stesso Sabino.*’

¹⁵⁶ Zie voor een vergelijking van Gaius’ systeem met eerdere indelingen, zoals die van Sabinus bijvoorbeeld Wieacker 1953, p. 97 en verder. Zie over Sabinus’ werk bijvoorbeeld Affolter 1897, p. 13 en verder. Kaser vond het werk van Sabinus weinig systematisch, zie Kaser 1953, p. 138-140, zoals opgemerkt in noot 135.

¹⁵⁷ Zie Wieacker 1953, p. 100: ‘*Entscheidender bleibt, daß der tragende Systemgedanke der Reduktion auf das Paar personae und res und die Zusammenordnung allen Vermögensrechts unter die res, somit auch die divisio res corporalis-incorporalis, auch Sabinus fremd war.*’

¹⁵⁸ Zie Giglio 2013, p. 131 en zie Dajczak 2003, p. 105 en verder. Aristo en Iavolenus gebruikten ongeveer tegelijk met Gaius het begrip lichamelijke zaak, maar enkel als staand tegenover contant geld, zie D. 12,6,46 en D. 32,95. Gaius noemde daarentegen geld als voorbeeld van het begrip lichamelijke zaak.

¹⁵⁹ Zie onder meer Becker 1999, met name p. 55 en verder.

¹⁶⁰ De tekst is afkomstig van Hubbell. Zie in de literatuurlijst ‘Cicero, uitgegeven en vertaald door Hubbell 1949’, p. 399-400.

parietem stillicidium, mancipium pecudem, supellectilem penus et cetera; quo ex genere quaedam interdum vobis definienda sunt. Non esse rursus ea dico quae tangi demonstrari non possunt, cerni tamen animo atque intellegi possunt, ut si usus capionem, si tutelam, si gentem, si agnationem definias, quarum rerum nullum subest corpus, est tamen quaedam conformatio insignita et impressa intellegentia, quam notionem voco.

goot, een slaaf, vee, meubilair, voedsel enzovoort. Dingen die tot deze soort behoren moet u wel eens van een definitie voorzien. Onder dingen die niet bestaan daarentegen versta ik wat niet kan worden aangeraakt of aangewezen, maar met de geest kan worden waargenomen en begrepen, bijvoorbeeld als je een definitie zou geven van *usucapio*, voorgedij, volk, *agnatio*: zaken waar geen concreet lichaam aan ten grondslag ligt, maar die wel een duidelijk patroon hebben en een concept dat als idee en indruk in de geest aanwezig is. Dat is wat ik een begrip noem.

Ook Seneca schreef voor Gaius' tijd over 'hetgeen dat bestaat'. 'Hetgeen dat bestaat', was volgens Seneca lichamenlijk of onlicamenlijk:

Seneca, *Ad Lucilium Epistulae Morales* 58,14¹⁶¹

'Quod est' in has species divido, ut Van 'dat wat is' maak ik een verdeling in deze sint corporalia aut incorporalia. soorten: dat ze lichamenlijk zijn of onlicamenlijk. Nihil tertium est. Een derde mogelijkheid is er niet.

In tegenstelling tot Cicero meende Seneca dat hetgeen onlicamenlijk was, bestond. De filosofische overpeinzingen die wellicht aanleiding gaven tot dit verschil horen niet thuis in dit proefschrift. Van belang is dat Gaius dezelfde terminologie gebruikte als Seneca in die zin dat hij het lichamenlijke van het onlicamenlijke scheidde.

Naast de filosofen gebruikten anderen het onderscheid. Te noemen valt de taalkundige Charisius die een paar eeuwen na Gaius een compilatie schreef van de *Ars Grammatica* waarin hij het onderscheid tussen lichamenlijke en onlicamenlijke zaken gebruikte bij een analyse van de soorten zelfstandige naamwoorden. Charisius leefde dan wel eeuwen na Gaius, maar aan zijn compilatie lagen oude teksten ten grondslag, ook teksten uit de tijd voor Gaius.¹⁶² In hoeverre deze teksten van invloed waren op Gaius is onderwerp van debat.¹⁶³ Charisius schreef:

¹⁶¹ De tekst is afkomstig van Gummere. Zie 'Seneca, uitgegeven en vertaald door Gummere 1917', p. 394-395. Zie ook Seneca, *Ad Lucilium Epistulae Morales* 58,11.

¹⁶² Zie Dajczak 2003, p. 99.

¹⁶³ Stroux meende dat Gaius het onderscheid uit de grammatica had, zie Stroux 1949, p. 94 en verder. Zie hierover bijvoorbeeld Kreller 1948, p. 590 en verder. Kreller schreef voordat het boek van Stroux uitkwam. Stroux had zijn theorie destijds echter al toegelicht op een congres te Rome. Stroux is bekritiseerd door onder meer Wieacker 1953, p. 107 en verder. Zie recenter, bijvoorbeeld, Dajczak 2003, p. 101.

Charisius, *Corpus Grammaticorum Latinorum*, p. 193-194¹⁶⁴

(...) appellativa (...) in duas species dividuntur, quarum altera significat res corporales, quae videri tangique possunt, ut est homo terra mare, altera incorporales, ut est pietas iustitia dignitas, quae intellectu tantum modo percipiuntur, verum neque videri nec tangi possunt.	(...) naamwoorden (...) zijn verdeeld in twee soorten, waarvan de ene duidt op lichamelijke zaken, die kunnen worden gezien en aangeraakt, zoals mens land zee, de andere op onlichamelijke, zoals vroomheid rechtvaardigheid waardigheid, die uitsluitend met het verstand worden waargenomen, maar niet kunnen worden gezien of aangeraakt.
--	---

Ten slotte schreef Apuleius in een werk over Plato en zijn dogma's:

Apuleius, *De Platone et eius dogmate* 1,5

Naturasque rerum binas esse: et earum alteram esse, quae videri oculis et attingi manu possit (...) et alteram, quae veniat in mentem (...).	Er zijn twee naturen van de zaken. De ene, die men kan zien met de ogen en aanraken met de hand. (...) en de andere, die in de geest komt (...).
--	--

Op geen enkele wijze is nu met zekerheid te zeggen naar welk voorbeeld of naar welke voorbeelden Gaius het onderscheid tussen lichamelijke en onlichamelijke zaken vormgaf. De voorbeelden maken duidelijk dat op verschillende terreinen het onderscheid tussen lichamelijke en onlichamelijke zaken werd gemaakt. Gezien de opleiding die Gaius had genoten en gezien de overeenkomsten in de formulering ligt het voor de hand dat Gaius bekend was met ten minste één van de gegeven voorbeelden.¹⁶⁵

Volgens de Nederlandse vertaling merkte Gaius aan als onlichamelijk de zaken 'die bestaan in een recht'. De Duitse vertaling van deze zinsnede, zoals die werd gemaakt door Manthe voor de *Instituten* van Gaius en door Behrends, Knütel, Kupisch en Seiler voor dezelfde zinsnede in zowel de *Instituten*, als de *Digesten* van Justinianus, luidde: 'die nur rechtlich vorhanden sind.'¹⁶⁶ De Zulueta vertaalde 'in iure consistunt' als 'such as exist merely in law.'¹⁶⁷ De Zulueta lichtte deze passage als volgt toe:

¹⁶⁴ Dit fragment is afkomstig uit de editie van Barwick 1964 (Leipzig: Teubner 1964).

¹⁶⁵ Zie over de invloed van de Griekse filosofie op Gaius, bijvoorbeeld, Honoré 1962, p. 97 en verder.

¹⁶⁶ Zie Manthe 2010. Zie Behrends e.a. 1990 voor de vertaling van Gaius' *Instituten* 2,2,2 en Behrends e.a. 1995 voor de vertaling van D. 1,8,1,1. Twee andere Duitse vertalingen komen overeen met de Nederlandse vertaling, te weten de vertaling van Gaius' *Instituten* van Lammeyer en die van Huchthausen, zie hierover Becker 1999, p. 41.

¹⁶⁷ Zie De Zulueta 1946, p. 69.

‘The objection is obvious that res in the sense of things are all corporeal and in that of rights incorporeal.’¹⁶⁸

De Nederlandse vertaling en de toelichting van De Zulueta veronderstellen dat Gaius in rechten dacht. Hoewel de geschriften van Gaius en de Romeinse juristen laten zien dat aan een persoon rechten toekwamen, gebruikten ze het begrip niet om het recht te ordenen.¹⁶⁹ Ik denk dan ook dat Gaius enigszins verbaasd zou opkijken als hem zou worden uitgelegd dat hij de lichamelijke zaken tegenover de subjectieve rechten plaatste. De Duitse vertaling lijkt mij meer recht te doen aan Gaius’ gedachtenwereld. Gaius leefde in een juridische wereld waarin de acties centraal stonden. Indien er geen actie beschikbaar was voor de eiser, stond de eiser met lege handen.

Gaius’ begrip onlichamelijke zaak vertoont overeenkomsten met het Engelse begrip *chose in action*. Net zoals het Romeinse recht draaide om de acties, was het Engelse recht tot in de negentiende eeuw actiënrecht.¹⁷⁰ De Engelsen plaatsten en plaatsen de *choses in action* tegenover de *choses in possession*.¹⁷¹ *In possession* zijn zaken, die lichamelijk zijn. De *choses in action* zijn onlichamelijke zaken, zo genoemd omdat ze niet kunnen worden beetgepakt en dientengevolge enkel zichtbaar zijn in een juridische procedure, in rechte dus.¹⁷² De Engelse juristen verwijzen nog regelmatig naar rechter Channell, die aan het begin van de vorige eeuw in de zaak van Torkington tegen Magee zei:

“‘Chose in action’ is a known legal expression used to describe all personal rights of property which can only be claimed or enforced by action, and not by taking physical possession.”¹⁷³

¹⁶⁸ Zie De Zulueta 1953, p. 56. De Zulueta was van mening dat Gaius zaak en eigendomsrecht vereenzelvigde. Gaius plaatste volgens De Zulueta het eigendomsrecht tegenover de andere rechten.

¹⁶⁹ Zie § 2.1.

¹⁷⁰ Zie Zwalve 2008, p. 55.

¹⁷¹ Zie Zwalve 2008, p. 191 en zie Sheehan 2011, p. 3.

¹⁷² Zie Zwalve 2008, p. 191: ‘De eerste soort kan voorwerp van “possession” zijn, de tweede kan men slechts door middel van een rechtsvordering geldend maken, aldus de gedachtengang die duidelijk aan deze terminologie ten grondslag ligt.’

¹⁷³ Zie *Torkington v Magee* [1902] 2 KB, p. 430. De Engelse juristen verwijzen nog regelmatig naar deze definitie van Channell, zie bijvoorbeeld de *Court of Appeal* in de zaak *Your Response Ltd v Datateam Business Media Ltd* [2014] EWCA Civ 281; [2014] C.P. Rep. 31, 14 maart 2014. Lord Justice Moore-Bick’s dertiende overweging luidde als volgt: ‘In the protection of rights of personal property the common law historically drew a distinction between tangible and intangible property. Tangible property, usually referred to as chattels but sometimes as choses in possession, could be the subject of physical possession and thereby physical control, whereas intangible property, consisting of rights to benefits obtainable only by action (and thus known as choses in action), could not. Thus, in *Torkington v Magee* [1902] 2 KB 427, Channell J was able to describe a “chose in action” as meaning “all personal rights of property which can only be claimed or enforced

Een vordering is een voorbeeld van een *chose in action*. Blackstone schreef in de achttiende eeuw reeds:

*‘Thus money due on a bond is a chose in action; for a property in the debt vests at the time of forfeiture mentioned in the obligation, but there is no possession till recovered by course of law.’*¹⁷⁴

Vóór Blackstone legde Rastell uit in zijn *Termes de la Ley*:

*‘Things in action, is when a man hath cause, or may bring an action for some dutie due to him, as an action of debt upon an obligation, or annuity, (...) and because they are things whereof a man is not possessed, but for recovery of them is driven to his action, they are called things in action.’*¹⁷⁵

Ik denk dat Gaius hetzelfde bedoelde toen hij schreef dat zaken ‘*in iure consistent*’. In zijn ogen waren deze niet-tastbare zaken van waarde. De waarde van onlichamelijke zaken was enkel zichtbaar in de wereld van het recht, in rechte dus.¹⁷⁶

by action and not by taking physical possession”. The view hitherto established has been that the common law does not recognise any third kind of property: see *Colonial Bank v Whinney* (1885) 30 Ch D 261; (1886) 11 App Cas 426.’ De definitie van Channell is ook te vinden in de Amerikaanse Black’s Law Dictionary. Tegen de uitspraak van Channell in *Torkington v Magee* is overigens met succes beroep ingesteld bij de *Court of Appeal*, zie *Court of Appeal* 18 maart 1903, [1903] 1 K.B. 644. Het beroep zag echter niet op de definitie van *chose in action*, vandaar dat men nog regelmatig verwijzingen vindt naar de definitie zoals die werd gegeven in de *High Court* in 1902.

¹⁷⁴ Zie Blackstone, *Commentaries* vol. I, boek 2, chapter 25, at 397. Giglio legde zijn lezers uit wat naar de mening van Blackstone een *chose in action* was aan de hand van een aantal citaten van Blackstone. Giglio concludeerde met het volgende citaat van Blackstone: ‘Hence, a chose in action is “a species of property to which a man has not any claim or title whatsoever, till after suit commenced and judgment obtained in a court of law”’, zie Giglio 2012, p. 23. Giglio verwees bij dit citaat niet alleen naar het verkeerde boek van Blackstone (Giglio verwees naar boek 3 in plaats van boek 2), maar het citaat van Blackstone betrof niet het algemene begrip *chose in action*. Het betreffende citaat van Blackstone zag op *penalties, damages* en *costs*, oftewel vergoedingen die iemand pas toekwamen nadat een rechter de wederpartij veroordeelde tot het betalen ervan (zie Blackstone, *Commentaries* vol. I, boek 2, chapter 29, at 437). Ik heb gebruik gemaakt van de editie van Jones 1976 (herdruk van de editie van 1915), die Jones samenstelde op basis van Blackstone’s editie van 1788.

¹⁷⁵ Zie Rastell 1624, p. 68.

¹⁷⁶ Tellegen betoogde dat Gaius met ‘*in iure*’ doelde op de eerste fase van de formulaprocedure, de fase *in iure* bij de praetor. Tellegen schreef: ‘Now the meaning of the phrase “*quae in iure consistent*” becomes clear: it refers to the first part of the formulary procedure, before the praetor, which is called *in iure*. The *res incorporales* only exist *in iure*, “*in court*”. Gaius did a good job when he added this explanation: it helped to clarify a simple distinction which he made for his elementary textbook.’ Zie Tellegen 1994, p. 40. Zie voor kritiek op Tellegen bijvoorbeeld Giglio 2013, p. 148. Giglio’s kritiek kwam

3.3.2 Het *ius obligationis* als onlichamelijke zaak met daarbij enige opmerkingen over het juridisch belang van het onderscheid tussen lichamelijke en onlichamelijke zaken

Gaius lichtte het door hem gemaakte theoretische onderscheid toe met voorbeelden. Het vorderingsrecht was één van de voorbeelden, die hij gaf van een onlichamelijke zaak. Gaius sprak van het *ius obligationis*, het recht van een verbintenis. Opvallend is dat Gaius de vorderingen onder de onlichamelijke zaken schaarde. Kenmerkend voor een schuldeiser was dat hij enkel een recht had om van een ander iets te vorderen. Pflüger schreef:

‘Wer eine Forderung hat, der hat in Wirklichkeit gar nichts. Und doch ist es von Wert, etwas fordern zu dürfen, es mit Recht zu dürfen. So liegt es nahe und geschieht alle Tage, so zu reden “als ob” man damit etwas hätte.’¹⁷⁷

Gaius beseftte dat het kunnen instellen van een actie om van een ander iets gedaan te krijgen waarde had. Gaius duidde deze onlichamelijke zaak aan als het *ius obligationis*, het recht uit een verbintenis. Een verbintenis was namelijk de grondslag van de actie van de schuldeiser. De schuldeiser stond aan de actieve zijde van de verbintenis en had iets te vorderen. Gaius formuleerde het *ius obligationis* door de verbintenis te bekijken vanuit het perspectief van de schuldeiser.¹⁷⁸ Voor de schuldeiser was de mogelijkheid met succes een actie te kunnen instellen tegen zijn schuldenaar een positief vermogensbestanddeel. Het kon natuurlijk zo zijn dat dit vorderingsrecht waardeloos zou blijken, bijvoorbeeld omdat er bij de schuldenaar niets te halen bleek te zijn. Totdat het zo ver was, was het uitgangspunt dat een vorderingsrecht waarde vertegenwoordigde en positief bijdroeg aan het vermogen van de schuldeiser.

Opvallend is verder dat Gaius koos voor de term *ius obligationis*. Hij zocht geen aansluiting bij de specifieke acties, die het Romeinse verbintenissenrecht kenmerkten. Een algemeen deel van het verbintenissenrecht, zoals bij ons, was ver te zoeken in het Romeinse recht. Het had dan ook voor de hand gelegen als Gaius op grond van de specifieke acties ervoor had gekozen om te spreken van het *ius ex stipulatu*, recht uit een stipulatie enzovoorts. Een *stipulatio*

erop neer dat het niet voor de hand lag dat Gaius in dezelfde passage de term *ius* op verschillende manieren gebruikte. Wubbes interpretatie van ‘*quae in iure consistunt*’ kwam in de buurt van die van Tellegen: ‘*Das bedeutet – und kann wegen ea quae (plur.) gegenüber iure (sing.) nur bedeuten – das, was im objektiven Recht, in der Rechtsordnung, vielleicht noch prägnanter: beim Prätor, d.h. im Zivilprozeß Bestand hat.*’ Zie Wubbe 1965, kolom 337.

¹⁷⁷ Zie Pflüger 1947, p. 341.

¹⁷⁸ Zie Falcone 2012, p. 139. Falcone toonde aan dat Gaius op meerdere plaatsen in zijn *Instituten* de verbintenis beschreef vanuit het perspectief van de schuldeiser.

was een mondelinge overeenkomst die tot stand kwam door vraag en antwoord.¹⁷⁹ In plaats daarvan koos hij voor de term *ius obligationis*. Deze keuze van Gaius was een gelukkige en zal, denk ik, hebben bijgedragen aan een meer uniforme behandeling van de verbintenissen in al hun verscheidenheid. Birks sprak zelfs van een ontsnapping aan de acties:

*‘No action claimed a ius obligationis in so many words. On the contrary the relevant pleadings only affirmed that the defendant “ought to give or do” something, and obligatio was the incorporeal thing brilliantly discovered by asking the question: what is the thing which exists when a defendant ought to give or do something for a plaintiff? Gaius was escaping the forms of action in identifying a concept not explicitly named in any actional pleadings.’*¹⁸⁰

De kern van de onlichamelijke zaak *obligatio* was het kunnen instellen van een actie, het *agere posse*. Het centraal staan van het *agere posse* kwam, bijvoorbeeld, boven in Gaius’ bespreking van de onmogelijkheid een ander het recht om te ageren over te dragen.¹⁸¹

Van belang daarbij is dat voor Gaius de benaming recht, *ius*, geen bijzondere betekenis had. Een recht was het uitvloeisel van het ter beschikking staan van een actie en niet meer dan dat. Het rechtstelsel was gebaseerd op acties en niet, zoals bij ons, op rechten, zoals ik hiervoor uitlegde.¹⁸²

Gaius introduceerde het onderscheid tussen lichamelijke en onlichamelijke zaken in zijn tweede boek zonder direct in te gaan op het juridische belang van het onderscheid. Na een aantal voorbeelden van erfdiensbaarheden te

¹⁷⁹ Zie D. 45,1,5,1, Pomponius, Op Sabinus XXVI: *‘Stipulatio autem est verborum conceptio, quibus is qui interrogatur daturum facturumve se quod interrogatus est responderit.’* Vertaling: ‘Een stipulatie is een samenstel van woorden, waarin degene die ondervraagd wordt, antwoordt dat hij zal geven of doen wat van hem gevraagd wordt.’ Een stipulatie kwam mondeling tot stand. De stipulatie was een samenspel van een vraag en het antwoord. In vraag en antwoord moest hetzelfde werkwoord worden gebruikt, zie Feenstra 1994, p. 230 (nr. 362). Doorgaans gebruikten partijen het werkwoord beloven. De één vroeg de ander te beloven iets te geven of iets te doen. De ander antwoordde: ‘ja, dat belooft ik.’ Gaius gaf een aantal voorbeelden, zie Gaius’ *Instituten* 3,92: *‘Verbis obligatio fit ex interrogatione et responsione, velut DARI SPONDES? SPONDEO; DABIS? DABO; PROMITTIS? PROMITTO; FIDEPROMITTIS? FIDEPROMITTO; FIDEIUBES? FIDEIUBEO; FACIES? FACIAM.’* Vertaling: ‘Een verbintenis als gevolg van vormelijke woorden komt tot stand door vraag en antwoord. Bijvoorbeeld: VERPLICHT GIJ U DAT GEGEVEN WORDT? IK VERPLICHT MIJ – ZULT GIJ GEVEN? IK ZAL GEVEN – BELOOFT GIJ? DAT BELOOF IK – GARANDEERT GIJ ALS BORG? IK GARANDEER ALS BORG – STAAT GIJ BORG? IK STA BORG – ZULT GIJ HET DOEN? IK ZAL HET DOEN.’

¹⁸⁰ Zie Birks 1985, p. 27.

¹⁸¹ Zie Gaius’ *Instituten* 2,38-39. Zie Falcone 2012, p. 138. Zie over de onoverdraagbaarheid van een vordering § 3.5.

¹⁸² Zie § 2.1.

hebben gegeven als op grond gevestigde rechten en dus onlichamelijke zaken, stapte Gaius over op een andere indeling van de zaken, namelijk die in *res Mancipi* en *res nec Mancipi*.¹⁸³ *Res Mancipi* waren zaken, die door *mancipatio* werden overgedragen. De *mancipatio* was een formele wijze van eigendomsoverdracht waarbij vormvoorschriften golden.¹⁸⁴ *Res Mancipi* waren de grond en woningen in Italië, slaven, trek- en lastdieren. Ook erfdiensbaarheden op onbebouwde erven, oftewel landelijke erfdiensbaarheden, waren *res Mancipi*.¹⁸⁵

Uit deze opsomming blijkt reeds dat het onderscheid tussen lichamelijke en onlichamelijke zaken niet overeenkwam met het onderscheid tussen *res Mancipi* en *res nec Mancipi*. Grond, woningen, slaven en dieren waren lichamelijke zaken, terwijl Gaius de erfdiensbaarheden rekende tot de onlichamelijke zaken. Dit betekende dat zowel lichamelijke zaken als onlichamelijke zaken, namelijk de op bebouwde erven drukkende erfdiensbaarheden, overgedragen werden door middel van *mancipatio*.¹⁸⁶ Alleen al om die reden was het onderscheid tussen onlichamelijke en lichamelijke zaken voor Gaius onbruikbaar om zijn studenten de hoofdingeling van de wijzen van overdracht uit te leggen. Wat betreft erfdiensbaarheden was de wijze waarop een dergelijke overdracht geschiedde niet van belang, aangezien een erfdiensbaarheid afhankelijk was van het heersende erf en enkel samen met dat erf kon worden overgedragen. Voor overdracht van dit erf was de *mancipatio* uiteraard vereist. Van een zelfstandige overdracht van een erfdiensbaarheid was geen sprake. Voor de vestiging van landelijke erfdiensbaarheden was de *mancipatio* echter wel van belang.¹⁸⁷

Voor de overdracht van zaken was het onderscheid tussen *res Mancipi* en *res nec Mancipi* het belangrijkste. *Res nec Mancipi* werden doorgaans door *traditio* overgedragen. Gaius gebruikte de tweedeling lichamelijke en onlichamelijke zaken in zijn uitleg van de zaken die door middel van *traditio* werden overgedragen. *Traditio* was een wijze van eigendomsoverdracht waarvoor bezitsverschaffing was vereist. Alleen lichamelijke zaken werden op deze wijze

¹⁸³ Zie Gaius' *Instituten* 2,14a.

¹⁸⁴ Zie Gaius' *Instituten* 1,119. Deze wijze van eigendomsoverdracht hield de uitvoering van een ritueel in waarbij onder meer de aanwezigheid van een weegschaaldrager was vereist. In de loop van de tijd raakte de *mancipatio* buiten gebruik. In de *Instituten* van Justinianus speelde het onderscheid tussen *res Mancipi* en *res nec Mancipi* dan ook geen rol, zie hierover bijvoorbeeld Becker 1999, p. 42.

¹⁸⁵ Zie Gaius' *Instituten* 2,15.

¹⁸⁶ Zie Gaius' *Instituten* 2,17: '*Sed item fere omnia, quae incorporalia sunt, nec Mancipi sunt, exceptis servitutibus praediorum rusticorum; nam eas Mancipi esse constat, quamvis sint ex numero rerum incorporalium.*' Vertaling: 'Ook vrijwel alles wat onlichamelijk is, behoort tot de *res nec Mancipi*, met uitzondering van de op bebouwde erven drukkende erfdiensbaarheden. Het staat namelijk vast dat deze *res Mancipi* zijn, hoewel zij tot de onlichamelijke zaken gerekend worden.'

¹⁸⁷ Zie hierover bijvoorbeeld Lokin/Brandsma 2016, p. 180 en verder (G61).

overgedragen. De eisen voor deze vorm van overdracht waren over het algemeen dezelfde als in ons artikel 3:84 BW. Gaius legde het zijn studenten zo uit:

Gaius' *Instituten* 2,18-20

Magna autem differentia est inter Mancipi res et nec Mancipi. (19) Nam res nec Mancipi ipsa traditione pleno iure alterius fiunt, si modo corporales sunt et ob id recipiunt traditionem. (20) Itaque si tibi vestem vel aurum vel argentum tradidero sive ex venditionis causa sive ex donationis sive quavis alia ex causa, statim tua fit ea res, si modo ego eius dominus sim. (...) (22) Mancipi vero res [sunt quae] per Mancipationem ad alium transferuntur; unde etiam Mancipi res sunt dictae.

Er is een groot verschil tussen *res Mancipi* en *res nec Mancipi*. (19) Want *res nec Mancipi* worden door de enkele overgave volle eigendom van een ander, als zij tenminste lichamelijk zijn en daarom vatbaar zijn voor overgave. (20) Als ik u dus een kledingstuk, goud of zilver overgeef op grond van verkoop, schenking of welke andere grond dan ook, wordt de zaak – aangenomen althans dat ik daarvan de eigenaar ben – onmiddellijk van u. (...) (22) Daarentegen gaan *res Mancipi* door *Mancipatio* aan een derde over; daarom worden zij dan ook *res Mancipi* genoemd.

Volgens Gaius was het zonneklaar dat onlichamelijke zaken niet voor *traditio* vatbaar waren:

Gaius' *Instituten* 2,28

Res incorporeales traditionem non recipere manifestum est.

Dat onlichamelijke zaken niet voor overgave vatbaar zijn ligt voor de hand.

Ook uit een fragment van Gaius' commentaar op het Provincie-edict blijkt hoe duidelijk het voor Gaius was dat onlichamelijke zaken uitgesloten waren van overdracht door middel van *traditio*. Het fragment is ons bekend uit de Digesten:

D. 41,1,43,1

Gaius, *libro septimo ad edictum provinciale*. Incorporales res traditionem et usucapionem non recipere manifestum est.

Gaius, *Het Provincie-edict VII*. Het is overduidelijk dat onlichamelijke zaken niet het voorwerp kunnen zijn van bezitsverschaffing en van verkrijgende verjaring.

Voor de moderne jurist, die is grootgebracht met het idee dat onlichamelijke zaken vatbaar zijn voor bezit en overdracht, zal deze onmogelijkheid een stuk minder voor de hand liggen. In het Romeinse recht was echter bezit van een onlichamelijke zaak in beginsel onmogelijk. Het juridische belang van het onderscheid van Gaius ligt wat mij betreft deels in het feit dat men lichamelijke zaken kon bezitten en onlichamelijke zaken niet.

Het juridische belang van de constructie die Gaius ontwierp, lag verder in de mogelijkheid regels die reeds bestonden ten aanzien van lichamelijke zaken toe te passen op onlichamelijke zaken en de mogelijkheid constructies die

voorkwamen bij lichamelijke zaken ook te gebruiken in geval van onlichamelijke zaken. Gaius en de andere Romeinse juristen maakten zelf maar tot op zekere hoogte gebruik van de mogelijkheden, die de constructie bood. Niet alleen hield Gaius vast aan de onmogelijkheid een vordering te bezitten, hetzelfde gold voor de onmogelijkheid een vordering over te dragen. Gaius behandelde de vordering anders dan de lichamelijke zaken. Ook behandelde hij de vordering anders dan andere onlichamelijke zaken. De eigenheid van de verschillende soorten onlichamelijke zaken was leidend voor Gaius. Een vordering was voor hem niet hetzelfde als een erfdiensbaarheid of als een nalatenschap.

In een enkel geval paste Gaius echter wel de regels, die golden voor lichamelijke zaken analoog toe op onlichamelijke zaken. Zo besprak Gaius in zijn leerboek voor welke rechtshandelingen een pupil zijn voogd nodig had. Hij stelde zichzelf onder meer de vraag of een schuldenaar bevrijdend betaalde, indien een pupil de betaling in ontvangst nam zonder bijstand van zijn voogd. Zijn antwoord luidde dat de betaling niet bevrijdend werkte, omdat een bevrijdende betaling zou resulteren in het tenietgaan van de verbintenis. Het tenietgaan van de verbintenis zou neerkomen op het verdwijnen van een zaak uit het vermogen van de pupil en dat was niet toegestaan zonder de voogd. De zaak, die zou verdwijnen uit het vermogen van de pupil, was een onlichamelijke zaak, het *ius obligationis*, oftewel de actieve zijde van een verbintenis. Gaius schreef:

Gaius' *Instituten* 2,84

Itaque si debitor pecuniam pupillo solvat, facit quidem pecuniam pupilli, sed ipse non liberatur, quia nullam obligationem pupillus sine tutore auctore dissolvere potest, quia nullius rei alienatio ei sine tutore auctore concessa est (...)

Als nu een schuldenaar geld betaalt aan een onder voogdij gesteld kind, maakt hij weliswaar dat geld tot eigendom van het kind, maar zichzelf bevrijdt hij niet, omdat het kind zonder bijstand van zijn voogd geen enkele verbintenis teniet kan doen gaan: zonder diens bijstand is hem immers van geen enkele zaak de vervreemding toegestaan. (...)

In dit fragment gebruikte Gaius, zonder het expliciet te zeggen, zijn vondst van de onlichamelijke zaak als onderbouwing van zijn standpunt dat een pupil voor het in ontvangst nemen van een bevrijdende betaling zijn voogd nodig had. Gaius nam de regel dat een pupil zonder zijn voogd geen zaak mocht vervreemden en paste deze regel toe op een geval waarin een onlichamelijke zaak uit het vermogen van de pupil dreigde te verdwijnen.¹⁸⁸

Andere juristen gebruikten Gaius' begrip onlichamelijke zaak als theoretische basis voor wat in de praktijk gebeurde. Zo kon een Romein veel meer dan alleen lichamelijke zaken bij legaat vermaken aan een ander dan zijn

¹⁸⁸ Zie Falcone 2012, p. 151 en verder.

erfgenaam.¹⁸⁹ Een vordering kon, bijvoorbeeld, worden gelegateerd.¹⁹⁰ Paulus verklaarde deze mogelijkheid door gebruik te maken van Gaius' zinsnede '*quae in iure consistunt*' in 'zijn' *Sententiae*.¹⁹¹

Paulus' *Sententiae* 3,6,11

Sinendi modo tam corporales
res quam quae in iure consistunt
legari possunt: (...)

Uitspraken van Paulus 3,6,11

Bij gedogend legaat kunnen niet alleen lichamelijke
zaken, maar ook die welke in rechte bestaan
vermaakt worden: (...)

Paulus gebruikte dezelfde terminologie als Gaius en Pomponius. Het ging om zaken '*quae in iure consistunt*'. Paulus was bekend met het onderscheid van Gaius tussen lichamelijke en onlichamelijke zaken.¹⁹² Een persoon kon ook van onlichamelijke vermogensbestanddelen bepalen of deze toekwamen aan zijn erfgenaam of aan een ander. Aan Paulus' uitspraak lijkt de gedachtegang ten grondslag te liggen dat als het mogelijk was een lichamelijke zaak te legateren, het ook mogelijk was een onlichamelijke zaak te legateren.

Vóór Paulus' tijd, redeneerde Gaius' tijdgenoot Pomponius hetzelfde wat betreft de zaken, die een persoon mocht gebruiken in de vorm van *precarium*.¹⁹³ *Precarium* hield een gebruiksrecht in dat op elk moment kon worden herroepen, enigszins vergelijkbaar met ons bruikleen ter bedde.¹⁹⁴ Doorgaans werd een lichamelijke zaak in *precarium* gegeven.¹⁹⁵ Pomponius wilde aangeven dat van *precarium* sprake kon zijn als het niet ging om lichamelijke zaken. In de praktijk kwam het voor dat een vruchtgebruik of een erfdienstbaarheid in gebruik werd gegeven. Pomponius rechtvaardigde deze praktijk door aan te geven dat een

¹⁸⁹ Zie voor wat onderwerp van een legaat kon zijn Kaser 1971 (RP I), p. 749 (§ 185).

¹⁹⁰ Zie D. 30,44,6. Ulpianus schreef: '*Sed et si nomen legetur, benigne id quod debetur accipiendum est, ut actiones adversus debitorem cedantur.*' Vertaling: 'Als een vorderingsrecht gelegateerd wordt, dient daaronder in ruime zin verstaan te worden: hetgeen verschuldigd is. Dit betekent dat de acties tegen de schuldenaar gecedeerd worden.' Ulpianus' schrijven ondersteunt hetgeen ik hiervoor uitlegde over de verhouding tussen het vorderingsrecht en de rechtsvordering in het Romeinse recht, zie hiervoor p. 15.

¹⁹¹ Het is de vraag in hoeverre de *Sententiae* van Paulus zelf afkomstig zijn. De *Sententiae* zijn waarschijnlijk samengesteld uit werk van Paulus aan het einde van de derde eeuw in Noord-Afrika. Paulus zelf leefde eerder in de derde eeuw, aangezien hij werkzaam was onder de keizers Septimius Severus, Elagabalus (die hem verbande) en Alexander Severus. Onder Alexander Severus was hij in ieder geval lid van de keizerlijke adviesraad. Zie over Paulus: Kunkel 1967, p. 244-245 en Zwolve 1998, p. 115 en verder. Zie over de *Sententiae* Liebs 2005, p. 42 en Corcoran 2013.

¹⁹² We vinden het onderscheid in meerdere teksten van Paulus, zie bijvoorbeeld D. 8,1,14pr. en D. 41,3,4,26(27).

¹⁹³ Zie Falcone 2012, p. 133 en verder.

¹⁹⁴ Zie voor de verschillen tussen bruikleen en *precarium* in het Romeinse recht Vriesendorp 1984, p. 67 en verder.

¹⁹⁵ Zie Kaser 1971 (RP I), p. 388 (§ 94).

persoon hetgeen in rechte bestaat *precarium* kon hebben.¹⁹⁶ Zoals ik uitlegde, gebruikte Pomponius niet het begrip onlichamelijke zaak, maar wel de zinsnede ‘*quae in iure consistunt*’.¹⁹⁷ Falcone schreef:

*‘Del resto, quanto alla sostanza, la precisazione “etiam ea quae in iure consistent” intende segnalare l’applicabilità dell’istituto anche al di là delle cose materiali primariamente assunte come possibili oggetti del precario habere.’*¹⁹⁸

Samengevat komt het erop neer dat Gaius, naar het zich laat aanzien, de eerste was, die het onderscheid tussen lichamelijke en onlichamelijke zaken maakte in juridische zin. Gaius was degene die een vorderingsrecht als onlichamelijke zaak kwalificeerde. Het zou een vondst blijken te zijn die allerlei mogelijkheden schiep. Het gebruik van het begrip onlichamelijke zaak maakte het Gaius mogelijk zijn *Instituten* onder te verdelen in drie delen: personen, acties en zaken. De onlichamelijke zaak maakte het zaaksbegrip zo alomvattend dat elk denkbaar onderwerp van een juridische procedure onder het begrip zaak viel. Al wat vermogensrechtelijk onderwerp kon zijn van een juridische procedure, oftewel alles dat in rechte bestond, was getransformeerd tot zaak. Wat betreft een vordering koos Gaius voor de term *ius obligationis*. Van deze term ging een zekere uniformerende werking uit binnen het verbintenissenrecht. Gaius gebruikte het begrip onlichamelijke zaak met name om uit te leggen dat een vordering niet vatbaar was voor bezit en overdracht, zoals een lichamelijke zaak. Tegelijkertijd gaf hij de aanzet tot het analoog toepassen van de rechtsregels ten aanzien van lichamelijke zaken op onlichamelijke zaken.

3.4 De onmogelijkheid een vordering te bezitten

Paulus twijfelde niet over het antwoord op de vraag welke zaken voorwerp van bezit konden zijn:

D. 41,2,3pr.

Paulus, libro quinquagensimo quarto **Paulus, Het Edict LIV.** Voorwerp van *ad edictum*. Possideri autem possunt, bezit kunnen zijn (alle) zaken die *quae sunt corporalia*. lichamenlijk zijn.

De eis van lichamenlijkheid volgde uit de eisen, die golden in het Romeinse recht voor het verkrijgen van bezit. Bezit verkreeg men door het lichaam en de geest, ‘*corpore et animo*’. Paulus vervolgde:

¹⁹⁶ Zie D. 43,26,15,2. Zie hiervoor p. 38.

¹⁹⁷ Zie hiervoor p. 38.

¹⁹⁸ Zie Falcone 2012, p. 135.

D. 41,2,3,1

Paulus, *libro quinquagesimo quarto ad edictum*. Et apiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo aut per se corpore. (...)

Paulus, *Het Edict LIV*. En wij verwerven het bezit door bemachtiging van het object en de wil, niet alleen door onze wil of alleen door de bemachtiging van het object. (...)

Voor de verkrijging van bezit was bemachtiging van het object nodig. De Romeinen gingen het om fysieke macht over de zaak. Het was noodzakelijk dat de zaak beet te pakken was om dergelijke macht te kunnen uitoefenen.

In beginsel waren de interdicten, die bezit beschermden dan ook enkel beschikbaar voor bezitters van lichamelijke zaken. De Romeinse juristen maakten echter verschillende uitzonderingen op dit uitgangspunt. Dat het hier om uitzonderingen ging, blijkt uit het feit dat de juristen in deze gevallen niet spraken van *possessio*, maar van *quasi possessio*.

Voor vorderingen werd echter geen uitzondering gemaakt. Mij is geen tekst bekend waarin een dergelijke uitzondering te vinden is. Daarnaast is in de teksten waarin de juristen spraken van *quasi possessio* een duidelijk patroon te herkennen waarin voor bezit van vorderingen geen plaats was. In de eerste plaats spraken de juristen van *quasi possessio* in geval van bepaalde, wat wij zouden noemen, ‘beperkte rechten’ op een lichamelijke zaak.¹⁹⁹ In de tweede plaats kende het Romeinse recht de erfgenaam het bezit van de boedel toe.²⁰⁰

D. 37,1,3,1

Ulpianus, *libro trigesimo nono ad edictum*. Hereditatis autem bonorumve possessio, ut Labeo scribit, non uti rerum possessio accipienda est: est enim iuris magis quam corporis possessio. Denique etsi nihil corporale est in hereditate, attamen recte eius bonorum possessionem adgnitam Labeo ait.

Ulpianus, *Het Edict XXXIX*. Het boedelbezit van een nalatenschap moet, zoals Labeo schrijft, niet als het [gangbare] bezit van zaken worden opgevat; het is immers eerder het bezit van een recht dan het bezit van een lichamelijke zaak. Op grond hiervan zegt Labeo dat zelfs als er in de nalatenschap geen lichamelijke voorwerpen aanwezig zijn, het boedelbezit daarvan toch rechtsgeldig is aangevraagd.

Het boedelbezit was specifiek erfrechtelijk van aard en was niet hetzelfde als de *possessio* in de bezitsleer.²⁰¹ Het boedelbezit betrof de procesrechtelijke positie van de erfgenaam.

Voor de verpanding van een vordering is interessanter de *quasi possessio*, die de juristen construeerden als sprake was van, wat wij zouden noemen, een ‘beperkt recht’ op een lichamelijke zaak. Ulpianus schreef bijvoorbeeld:

¹⁹⁹ Zie Wesener 1975, p. 455.

²⁰⁰ Zie over de vormen van boedelbezit de eerste titel van het 37^e boek van de Digesten.

²⁰¹ Zie Wesener 1975, p. 456 en zie Baldus 2011, p. 10.

D. 8,5,10pr.

Ulpianus, libro quinquagensimo tertio ad edictum. Si quis diuturno usu et longa quasi possessione ius aquae ducendae nactus sit, non est ei necesse docere de iure, quo aqua constituta est, veluti ex legato vel alio modo, sed utilem habet actionem, ut ostendat per annos forte tot usum se non vi non clam non precario possedissee.

Ulpianus, Het Edict LIII. Indien iemand door langdurig gebruik en door langdurig oneigenlijk bezit een recht van waterleiding heeft verkregen, is het voor hem niet nodig de rechtstitel te bewijzen op grond waarvan zijn servituut van waterleiding gevestigd is, bijv. krachtens een legaat of op een andere wijze. Maar hij heeft een aangepaste actie om aan te tonen dat hij voor een x aantal jaren noch door geweld noch heimelijk noch ter bedoe het gebruik²⁰² heeft bezeten.

Ulpianus gaf aan dat door langdurig oneigenlijk bezit, *longa quasi possessione*, een recht van waterleiding werd verkregen. Het begrip *quasi possessio*, oftewel quasi bezit, gebruikten verschillende juristen, waaronder ook Gaius. Gaius legde zijn studenten uit dat interdicten bescherming boden in geval van bezit of quasi bezit:

Gaius' Instituten 4,138-139

Superest, ut de interdictis dispiciamus. (139) Certis igitur ex causis praetor aut proconsul principaliter auctoritatem suam finiendis controversiis interponit. Quod tum maxime facit, cum de possessione aut quasi possessione inter aliquos contenditur; et in summa aut iubet aliquid fieri aut fieri prohibet. Formulae autem et verborum conceptiones, quibus in ea re utitur, interdicta decretave vocantur.

Rest ons nog de interdicten aan een onderzoek te onderwerpen. (139) Welnu, op bepaalde gronden laat de praetor of gouverneur rechtstreeks zijn gezag gelden ter beëindiging van een geschil. Dit doet hij vooral, wanneer er tussen personen onenigheid bestaat over bezit of quasi bezit.²⁰³ En in het kort komt het erop neer, dat hij gelast of verbiedt om iets te doen plaatsvinden. De *formulae* nu, de vaste bewoordingen die hij daarbij gebruikt, worden 'interdicten' of 'decreten' genoemd.

De toevoeging *quasi* gaf aan dat geen sprake was van werkelijk bezit. Zoals ik hierna zal uitleggen, behandelden juristen in bepaalde gevallen iemand, die niet bezat alsof hij bezitter was. Deze *quasi*-bezitters konden een beroep doen op bepaalde interdicten onder meer naar analogie van de werkelijke bezitters. Javolenus haalde uit geschriften van Labeo de volgende tekst over de analoge toepassing van de bezitsinterdicten:

²⁰² Spruit c.s. vertaalde *usum* met gebruiksrecht. Mijn voorkeur gaat uit naar 'gebruik', omdat Ulpianus niet sprak van *usum iuris*. Javolenus gebruikte die term bijvoorbeeld wel, zie hierna D. 8,1,20.

²⁰³ Spruit c.s. vertaalde '*possessione aut quasi possessione*' met het bezit van zaken of het bezit van rechten. Of sprake was van bezit van rechten in het Romeinse recht is één van de vragen die hierna aan de orde komt. Ik heb het begrip *quasi possessio* vertaald met *quasi bezit*, omdat ik niet door het overnemen van de vertaling van Spruit c.s. vooruit wil lopen op het beantwoorden van de vraag of *quasi possessio* bezit van een recht was.

D. 8,1,20

Javolenus, libro quinto ex posterioribus Labeonis.

Quotiens via aut aliquid ius fundi emeretur, cavendum putat esse Labeo per te non fieri, quo minus eo iure uti possit, quia nulla eiusmodi iuris vacua traditio esset. Ego puto usum eius iuris pro traditione possessionis accipiendum esse ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt.

Javolenus, Uit de nagelaten geschriften van Labeo.

Wanneer een recht van weg of een andere erfdienstbaarheid op een perceel grond wordt gekocht, moet, zo meent Labeo, steeds een garantie gegeven worden dat door u niets gedaan zal worden waardoor de koper dat recht niet kan uitoefenen, aangezien van een dergelijk recht geen vrije bezitsverschaffing mogelijk is. Ik ben echter van mening dat de uitoefening van een dergelijk recht als bezitsverschaffing beschouwd dient te worden en dat is ook de reden waarom er interdicten analoog aan de bezitsinterdicten in het leven zijn geroepen.

De Romeinse juristen spraken enkel van *quasi possessio*, indien sprake was van bezit van, wat wij zouden noemen, bepaalde ‘beperkte rechten’ op lichamelijke zaken, met name in geval van vruchtgebruik en erfdienstbaarheid.²⁰⁴ Ook de opstaller en de erfpachter werden beschermd.²⁰⁵ Het fragment van Ulpianus betreffende het recht van waterleiding zag op *quasi possessio* in het kader van een erfdienstbaarheid, net als het fragment van Javolenus dat ik net aanhaalde.²⁰⁶ Diezelfde terminologie gebruikte Ulpianus, in navolging van Papinianus, met betrekking tot vruchtgebruik:

D. 4,6,23,2

Ulpianus, libro duodecimo ad edictum.

Item ei, qui per captivitatem fundi possessionem vel usus fructus quasi possessionem amisit, succurrendum esse Papinianus ait, et fructus quoque medio tempore ab alio ex usu fructu perceptos debere captivo restitui aequum putat.

Ulpianus, Het Edict XII.

Evenzo, zegt Papinianus, dient aan degene die door gevangenschap het bezit van een perceel grond of het oneigenlijk bezit van een vruchtgebruik verliest, hulp te worden geboden; naar zijn mening is het billijk dat ook de vruchten die in de tussentijd door een ander uit het vruchtgebruik zijn verkregen aan de gevangene moeten worden afgedragen.

Een bezitsinterdict dat, bijvoorbeeld, analoog werd in geval van *quasi possessio* was het interdict *de vi et de vi armata*, dat ter beschikking stond aan bezitters die door geweld bezit waren kwijtgeraakt. De praetor gaf hen een interdict teneinde het bezit terug te krijgen.²⁰⁷ Eigenaren, die van onroerend goed waren verdreven

²⁰⁴ Zie Beermann 2000, p. 10.

²⁰⁵ Zie voor wat betreft de opstaller bijvoorbeeld D. 43,18,1,2 en voor wat betreft de erfpachter bijvoorbeeld D. 2,8,15,1.

²⁰⁶ Zie voor het fragment van Ulpianus p. 53.

²⁰⁷ Zie D. 43,16,1pr. Ulpianus schreef: ‘*Praetor ait: “Unde tu illum vi deiecisti aut familia tua deiecit, de eo quaeque ille tunc ibi habuit tantummodo intra annum, post annum de eo, quod ad eum qui vi deiecit pervenerit, iudicium dabo.”*’ Vertaling: ‘De praetor zegt:

door geweld, konden de bescherming van het interdict invoeren.²⁰⁸ Naast eigenaren, konden opstalgerechtigden en vruchtgebruikers zich beroepen op dit interdict.²⁰⁹ Ulpianus beschreef welke afwijkende formulering de praetor gebruikte indien een vruchtgebruiker zich beriep op het interdict:

D. 43,16,3,13

Ulpianus, libro sexagesimo nono ad edictum. Interdictum necessarium fuisse fructuario apparet ‘Si prohibeatur uti frui usu fructu fundi.’

Ulpianus, Het Edict LXIX. Het is duidelijk dat een interdict noodzakelijk was voor de vruchtgebruiker [met de aangepaste formulering] ‘indien hem verhinderd wordt het gebruik en het genot van zijn [recht van] vruchtgebruik op een stuk grond te hebben.’

De vruchtgebruiker kreeg bescherming op grond van zijn *quasi possessio*:

D. 43,16,3,17

Ulpianus, libro sexagesimo nono ad edictum. Qui usus fructus nomine qualiterqualiter fuit quasi in possessione, utetur hoc interdicto. (...)

Ulpianus, Het Edict LXIX. Wie op grond van vruchtgebruik op welke wijze dan ook als het ware bezit heeft uitgeoefend zal dit interdict kunnen instellen. (...)

Het interdict was bijzonder gewenst en kon zelfs worden ingeroepen door iemand, die geen vruchtgebruiker was, maar enkel het gebruik en genot uitoefende:

Fragmenta Vaticana 91 Ulpianus, Interdicten II in de titel ‘als beweerd wordt dat men verhinderd is het vruchtgebruik uit te oefenen’

Non is ad quem usus fructus sive lege pertinet sive per magistratum vel qui utendi fruendi causa, cum usus fructus ad eum non pertineat, in aliqua re sit, possidere eum videtur, et ob id, qui uti frui prohibitus est, proprie deiectus dici non potest. Ideo specialiter hoc interdictum eo casu desideratum est.

Het is niet zo, dat iemand aan wie een vruchtgebruik hetzij op grond van de wet, hetzij door toedoen van de ambtsdrager toekomt, of die – hoewel hem geen vruchtgebruik toekomt – een of andere zaak onder zich heeft om er het genot van te hebben en de vruchten ervan te trekken, geacht wordt dat vruchtgebruik te bezitten. Daarom kan van iemand die verhinderd wordt het genot te hebben en de vruchten te trekken, niet gezegd worden dat hij in eigenlijke zin verdreven is. Dus is in dit geval dit interdict in het bijzonder gewenst.

“Vanwaar u met geweld de eiser verdreven hebt of uw personeel [hem] verdreven heeft en voor hetgeen de eiser op dat moment aldaar had, zal ik een actie verlenen, [doch] slechts binnen een jaar; na verloop van dat jaar voor datgene wat bij degene die [de eiser] met geweld verdreven heeft, terechtgekomen is.”

²⁰⁸ Zie D. 43,16,3.

²⁰⁹ Zie voor wat betreft de opstalgerechtigde D. 43,16,3,17. Zie voor de vruchtgebruiker het vervolg in de hoofdttekst.

In geen van de behandelde teksten wordt door de Romeinse juristen gesproken van *quasi possessio* in geval van een vordering. De teksten laten juist zien dat zij spraken van *quasi possessio* in geval van bepaalde beperkt zakelijke rechten op een lichamelijke zaak. In het oudste Romeinse recht waren het deze, wat wij zouden noemen, ‘beperkt gerechtigden’ die konden beweren dat de zaak van hen was in een bepaald opzicht. De ‘beperkte rechten’ kwamen namelijk voort uit een, zoals Kaser het aanduidde, functioneel gedeelde eigendom, zoals ik zal uitleggen in paragraaf 5.1. Kaser bedoelde dat de zaak aan verschillende personen tegelijk kon toebehoren. Elk was op een bepaalde manier bevoegd ten aanzien van de zaak. Het ontbreken van een onderscheid in het oudste Romeinse recht tussen eigendom en ‘beperkte rechten’ blijkt uit het feit dat zowel de eigenaar, als bepaalde ‘beperkt gerechtigden’, zich konden beroepen op de *legis actio sacramento in rem*. De *legis actio sacramento in rem* was een actie ter opvordering van een zaak. Elk van de partijen stelde dat de zaak krachtens Quiritisch recht aan hem toebehoorde.²¹⁰ Pas na verloop van tijd maakten de Romeinse juristen een onderscheid tussen rechtsmiddelen, die toekwamen aan de eigenaar en rechtsmiddelen, die ter beschikking stonden aan ‘beperkt gerechtigden’.²¹¹ De zaak behoorde vanaf dat moment enkel toe aan de eigenaar. De ‘beperkt gerechtigde’ had slechts een recht op de zaak, een *ius in re*.²¹²

Van werkelijk bezit was enkel sprake, indien iemand een lichamelijke zaak voor zichzelf hield. Een ‘beperkt gerechtigde’, die op grond van zijn recht een lichamelijke zaak gebruikte, had wel een bepaalde fysieke macht over de zaak, maar voldeed niet aan het vereiste dat hij de zaak voor zichzelf hield. Hem ontbrak de *animus domini*.²¹³ Op grond van zijn recht op de zaak hield hij de zaak

²¹⁰ Zie Gaius’ *Instituten* 4,16. De rechtsbewering luidde: ‘*meum esse ex iure Quiritium*’. Het Quiritisch recht was recht dat enkel gold voor Romeinse burgers, zie daarover Manthe 2016, p. 12. Zie Gaius’ *Instituten* 4,16. Volgens Runia was de *legis actio sacramento in rem* eveneens het eerste aanknopingspunt voor bezitsbescherming, zie Runia 2016, p. 8 en verder. Zie over het gebrek aan onderscheid tussen bezit en eigendom in het oudste Romeinse recht eveneens Schrage 1996, p. 50. Bezit kwam na verloop van tijd los te staan van de eigendom. Eén van de bekendste zinspreuken van Ulpianus is de eerste zin van een fragment ons bekend als D. 41,2,12,1: ‘*Nihil commune habet proprietas cum possessione*.’ Vertaling: ‘Eigendom heeft met bezit niets gemeen.’ Zie ook D. 43,17,1,2. Zie verder bijvoorbeeld Venuleius in een fragment ons bekend als D. 41,2,52pr. Zie wat betreft de ontwikkeling van de bezitsbescherming Runia 2016, p. 15 en verder.

²¹¹ Zie over het ontstaan van specifieke rechtsmiddelen die ter beschikking kwamen van beperkt gerechtigden hierna § 5.1. De Romeinse juristen probeerden door middel van nieuwe rechtsmiddelen de beperkt gerechtigden ook wat betreft bezit bescherming te bieden. Zie Kaser 1956, p. 20: ‘*Die Anerkennung des selbständigen ius utendi fruendi ging auch hier mit der des absoluten Eigentums Hand in Hand. Um diese Zeit hat man dann auch die bloß tatsächliche Ausübung des uti frui ohne Rücksicht auf das Recht durch das interdictum uti possidetis utile geschützt*.’

²¹² Zie over het *ius in re* hierna § 5.1.

²¹³ Zie voor deze term Von Savigny 1818, p. 106 en verder (§ 9).

in beperkte mate onder zich, bijvoorbeeld als vruchtgebruiker of als gerechtigde tot een erfdiensbaardheid. Fysieke macht over een zaak van een ander in combinatie met de wil een recht op die zaak voor zichzelf te houden, leverde *quasi possessio* op. *Quasi possessio* vereiste *corpus*, oftewel een bepaalde fysieke controle over een lichamelijke zaak. De eisen, die de juristen aan het *corpus* stelden, verschilden per ‘beperkt recht’. Betrof een erfdiensbaardheid, bijvoorbeeld, een recht van overpad, dan was niet voldaan aan het *corpus*-vereiste, omdat het bezit niet voortdurend was. Een erfdiensbaardheid kon niet door verjaring worden verkregen, omdat een erfdiensbaardheid onlichamelijk was en omdat geen sprake was van zeker en voortdurend bezit.²¹⁴

De interdicten, die analoog aan de bezitsinterdicten werden geschapen, hadden hetzelfde doel als de gewone interdicten, namelijk het herstellen van de feitelijke toestand. Zoals Van Oven schreef, gold in het Romeinse recht:

‘Bezit was geen recht, maar een feitelijk hebben en houden.’²¹⁵

De orde moest worden hersteld, indien het feitelijk gebruiken van een lichamelijke zaak een ‘beperkt gerechtigde’ onmogelijk werd gemaakt door een ander.

De erkenning van *quasi possessio* leidde ertoe dat de *quasi*-bezitters op vrijwel dezelfde wijze werden beschermd als de werkelijke bezitters. De Romeinse juristen spraken op den duur dan ook over bezit van rechten in de gevallen waarin sprake was van *quasi possessio*.²¹⁶ Zo schreef Ulpianus:

D. 43,26,2,3

Ulpianus, libro septuagensimo primo ad edictum. Habere precario videtur, qui possessionem vel corporis vel iuris adeptus est ex hac solummodo causa, quod preces adhibuit et impetravit, ut sibi possidere aut uti liceat.

Ulpianus, Het Edict LXXI. Diegene wordt geacht ter bede te hebben die het bezit van een lichamelijke zaak of een recht heeft verkregen uitsluitend op grond van het feit dat hij de bede daartoe naar voren heeft gebracht en gedaan heeft gekregen dat hij mag bezitten resp. gebruiken.

Voor een moderne privatist levert deze tekst in de eerste plaats problemen op, omdat wij in geval van *precarium* niet van bezit spreken. Degene die een zaak tot wederopzegging mag gebruiken van een ander, wordt in ons recht enkel houder. In het Romeinse recht kon de precarist echter rekenen op de bescherming van

²¹⁴ Zie het *principium* van D. 8,1,14.

²¹⁵ Zie Van Oven 1948, p. 114.

²¹⁶ Zie hierover Beermann 2010, p. 10 en verder. Zie bijvoorbeeld de volgende fragmenten in de Digesten: D. 8,2,20pr., D. 8,4,2 en D. 43,19,7.

interdicten. Hij was in zoverre bezitter, hoewel hij geen verjaringsbezitter was.²¹⁷ Ulpianus maakte duidelijk dat ter bede ook een recht kon worden bezeten. Juridisch was dit niets nieuws: Pomponius vertelde ons hetzelfde door te schrijven dat in *precarius* kon worden gegeven *quae in iure consistunt*.²¹⁸ Zoals ik uitlegde, waren dit de precieze bewoordingen, die Gaius koos als beschrijving voor de onlichamelijke zaak.²¹⁹ Pomponius noemde een erfdienstbaarheid als voorbeeld, net als Gaius. Gaius gebruikte namelijk verschillende erfdienstbaarheden als voorbeeld van zaken, die in *precarius* konden worden gegeven, zo blijkt uit de tekst die de compilatoren lieten volgen op het fragment van Ulpianus:

D. 43,26,3

Gaius, libro vicensimo quinto ad edictum provinciale. veluti si me precario rogaveris, ut per fundum meum ire vel agere tibi liceat vel ut in tectum vel in aream aedium mearum stillicidium vel tignum in parietem immisum habeas.

Gaius, Het Provincie-edict XXV. bijvoorbeeld als u mij ter bede hebt verzocht u toe te staan om over mijn perceel grond te gaan of vee te drijven of waterdrop op mijn dak of op het terrein van mijn huis te leiden of een balk in mijn muur ingebouwd te hebben.

Pomponius, Gaius en Ulpianus stemden inhoudelijk met elkaar overeen. Alle drie maakten ze duidelijk dat in *precarius* niet alleen lichamelijke zaken konden worden gegeven, maar ook hetgeen in rechte bestond. Voor deze laatste categorie ontwikkelde Gaius de term onlichamelijke zaak, maar waar Gaius de klassieke leer uitdroeg dat enkel lichamelijke zaken vatbaar waren voor bezit, trok Ulpianus de uit de praktijk van het interdictenbezit volgende logische conclusie dat iemand, die ten titel van *precarius* een recht mocht gebruiken, dit recht bezat. Falcone benadrukte dat de Romeinse juristen het lichamelijke object en het recht op dezelfde manier behandelden:

*‘e in questo senso essa si pone sulla stessa linea concettuale di alternative tra corpus e ius quale oggetto del precario indicate nel su trascritto testo di Ulpiano (D. 43,26,2,3), nel quale, come è stato autorevolmente osservato, la menzione di una possessio iuris accanto alla possessio corporis si riferisce in modo sintetico all’esercizio di fatto d’una servitù.’*²²⁰

Zodoende bereikten ze dat bezitters van bepaalde ‘beperkte rechten’ op bescherming konden rekenen.

²¹⁷ Zie Vriesendorp 1984, p. 68. Zie voor de formulering van het interdict D. 43,26,2pr.

²¹⁸ Zie hiervoor p. 38.

²¹⁹ Zie hiervoor p. 37 en verder.

²²⁰ Zie Falcone 2012, p. 135.

Samengevat kwam het erop neer in Gaius' tijd dat lichamelijke zaken konden worden bezeten en onlichamelijke zaken niet. De onmogelijkheid rechten te bezitten legde Gaius uit aan de hand van het begrip onlichamelijke zaak. Tegelijkertijd laten de teksten zien dat in bepaalde gevallen sprake was van *quasi possessio*. Van *quasi possessio* was enkel sprake in geval van boedelbezit en in geval van het bezit van bepaalde – wat wij zouden noemen – beperkte rechten op lichamelijke zaken. Indien er geen sprake was van een zekere macht over een lichamelijke zaak spraken de juristen niet van *possessio*, ook niet van *quasi possessio*. *Quasi possessio* van een vordering was dientengevolge niet aan de orde.

3.5 De onoverdraagbaarheid van een vordering met daarbij enige opmerkingen over de wegen om de onoverdraagbaarheid heen

In het Romeinse recht kon een schuldeiser zijn recht niet overdragen aan een ander, zoals in het hedendaagse recht een schuldeiser zijn recht kan cederen. De achtergrond van de onoverdraagbaarheid van een vordering lag in het karakter van de verbintenis en het daaruit voortvloeiende vorderingsrecht. Een onlichamelijke zaak, zoals een vorderingsrecht, kon niet worden overgedragen op de wijzen, die Gaius eerder in zijn boek had besproken. De verbintenis was een band van het recht, die de schuldeiser en de schuldenaar aan elkaar bond. Eén van beiden kon zichzelf niet losmaken uit deze band, anders dan door betaling.²²¹ In de praktijk zocht men naar manieren om te bewerkstelligen dat de schuldenaar aan een ander kon betalen dan zijn schuldeiser. Gaius eindigde zijn bespreking van de wijzen van overdracht met de vaststelling dat vorderingsrechten op geen van de daarvoor besproken wijzen konden worden overgedragen.²²² Gaius

²²¹ Zie Gide 1879, p. 232: '*La créance est inaliénable: c'est là une règle absolue, car elle tient à la nature même de l'obligation, telle du moins que les Romains l'avaient comprise. Qu'est-ce, en effet, que l'obligation? Un lien tout personnel, qui unit l'une à l'autre deux personnes déterminées. Que l'une de ces personnes vienne à disparaître, et soudain le lien se rompt, l'obligation se dissout.*' Gide zag tegelijkertijd echter wel wijzen waarop een vorderingsrecht kon worden overgedragen. Hij wees bijvoorbeeld op schuldvernieuwing en het aanstellen van een *procurator in rem suam*. Zie over schuldvernieuwing en vertegenwoordiging hierna. Zie over deze kwestie bijvoorbeeld Wiarda 1937, p. 14.

²²² Zie Gaius' *Instituten* 2,38. Daarvoor had Gaius de overdracht van zaken uiteengezet aan de hand van het onderscheid tussen *res Mancipi* en *res nec Mancipi*, zie hiervoor p. 47. *Res nec Mancipi*, die lichamenlijk waren, droegen de Romeinen doorgaans over door *traditio*. *Res nec Mancipi*, die onlichamelijk waren, werden niet op één bepaalde manier overgedragen. Bepaalde onlichamelijke zaken konden door *in iure cessio* worden overgedragen, zie Ulpianus' *Epitome* 19,11: '*In iure cedi res etiam incorporales possunt, velut ususfructus et hereditas et tutela legitima libertae.*' Vertaling: 'Ten overstaan van de magistraat kunnen ook onlichamelijke zaken, zoals een recht van vruchtgebruik of

adviseerde vervolgens schuldvernieuwing, *novatio*, om te bereiken dat een schuldenaar betaalde aan een ander:

Gaius' *Instituten* 2,38

Obligaciones quoquo modo contractae nihil eorum recipiunt: nam quod mihi ab aliquo debetur, id si velim tibi deberi, nullo eorum modo, quibus res corporales ad alium transferuntur, id efficere possum; sed opus est, ut iubente me tu ab eo stipuleris; quae res efficit, ut a me liberetur et incipiat tibi teneri. Quae dicitur novatio obligationis.

Vorderingsrechten, hoe ook ontstaan, zijn voor niets van dit alles vatbaar. Want als ik wil dat hetgeen door iemand aan mij verschuldigd is, aan u verschuldigd wordt, kan ik dat op geen van de manieren waarop lichamelijke zaken aan een derde overgaan effectueren. Het is dan noodzakelijk dat de schuldenaar zich in mijn opdracht door middel van een vormelijke mondelinge overeenkomst jegens u verbindt. Deze rechtshandeling bewerkstelligt dat hij jegens mij bevrijd wordt en vanaf dat moment jegens u aansprakelijk is. Zij wordt 'schuldvernieuwing' genoemd.

3.5.1 Schuldvernieuwing

In de eerste plaats kon een schuldeiser zijn schuldenaar opdracht geven om met de beoogde nieuwe schuldeiser in de vorm van een stipulatie hetzelfde af te spreken als de schuldenaar in het verleden met hem had afgesproken.²²³ Werkte de schuldenaar mee aan deze constructie, dan was schuldvernieuwing het gevolg, dat wil zeggen dat de oorspronkelijke verbintenis tenietging en werd vervangen door de verbintenis tussen de schuldenaar en de nieuwe schuldeiser.

In Gaius' ogen had de schuldvernieuwing tot gevolg dat de vordering als onlichamelijke zaak het vermogen van de één 'verliet' en als zaak ontstond in het vermogen van de ander, de nieuwe schuldeiser.²²⁴ Hiervoor wees ik reeds op een fragment waarin Gaius het tenietgaan van een verbintenis aanmerkte als het verdwijnen van een zaak uit het vermogen.²²⁵ Gaius legde uit dat door schuldvernieuwing aan de ene kant een nieuwe verbintenis werd geboren, terwijl aan de andere kant een verbintenis tenietging:

erfopvolging of de wettelijke voogdij over een vrijgelaten vrouw overgedragen worden.' *In iure cessio* was een soort schijnproces dat zich afspeelde voor een magistraat. Wie de zaak wilde verkrijgen, beweerde dat de zaak van hem was en degene die de zaak vervreemde, sprak deze bewering niet tegen. De magistraat wees de zaak diensgevolge toe aan hem, die de zaak wilde verkrijgen. Zie over *in iure cessio* Lokin/Brandsma 2016, p. 122 (G24).

²²³ Zie over de stipulatie hiervoor p. 45.

²²⁴ Zie Falcone 2012, p. 154.

²²⁵ Zie Gaius' *Instituten* 2,84. Gaius behandelde de vraag of bevrijdend kon worden betaald aan een pupil zonder dat de voogd op de hoogte was. Zie daarover hiervoor p. 49.

Gaius' *Instituten* 3,176

Praeterea novatione tollitur obligatio; veluti si quod tu mihi debeas, a Titio dari stipulatus sim; Nam interventu novae personae nova nascitur obligatio et prima tollitur translata in posteriorem, adeo ut interdum, licet posterior stipulatio inutilis sit, tamen prima novationis iure tollatur, veluti si quod mihi debes, a Titio post mortem eius vel a muliere pupillove sine tutoris auctoritate stipulatus fuero; Quo casu rem amitto; nam et prior debitor liberatur, et posterior obligatio nulla est. Non idem iuris est si a servo stipulatus fuero; nam tunc prior proinde adhuc obligatus tenetur, ac si postea a nullo stipulatus fuisset.

Een verbintenis gaat bovendien teniet door schuldvernieuwing. Dan laat ik mij bij vormelijke mondelinge overeenkomst bijvoorbeeld beloven dat door Titius gegeven zal worden wat u mij schuldig bent. Door de tussenkomst van een nieuwe persoon ontstaat namelijk een nieuwe verbintenis: de eerste wordt in de latere omgezet en gaat daardoor zelf teniet. Het is soms zelfs mogelijk dat de latere overeenkomst nietig is en dat desondanks de eerste verbintenis door de regels betreffende de schuldvernieuwing teniet gaat, bijvoorbeeld als ik wat u mij schuldig bent, door Titius voor na diens dood of door een vrouw of kind zonder bijstand van de voogd heb laten beloven. In een dergelijk geval verlies ik mijn vordering: de vorige schuldenaar wordt bevrijd en de latere verbintenis bestaat niet. Rechtens geldt niet hetzelfde, als ik mij door een slaaf laat beloven, want dan blijft de vorige schuldenaar net zo verbonden en aansprakelijk, als wanneer ik later van niemand anders zou hebben bedongen.

Het tenietgaan resulteerde in het verlies van een zaak. Gaius schreef: '*Quo casu rem amitto*', oftewel 'in dat geval verlies ik een zaak'. De zaak, die verloren ging, was een onlichamelijke zaak, namelijk de vordering, het *ius obligationis*. Spruit c.s. vertaalde de betreffende zinsnede van Gaius zelfs zonder gebruik te maken van het woord 'zaak': 'In een dergelijk geval verlies ik mijn vordering.'

Falcone meende dat in de ogen van Gaius de verbintenis als onlichamelijke zaak uit het vermogen van de één overging in het vermogen van de ander door schuldvernieuwing:

*'La novatio, era stata precedentemente indicata nell'apposita trattazione sul trasferimento delle res incorporales come l'operazione idonea a realizzare una trasmissione della 'res incorporalis'-obligatio, e cioè un 'uscita dell' obligatio dalla titolarità e dunque dalla sfera patrimoniale dell'originario creditore e un ingresso nella sfera patrimoniale di un altro soggetto.'*²²⁶

Of sprake was van een werkelijke overgang van een zaak, betwijfel ik omdat de verbintenis niet overging naar het vermogen van de ander, maar tenietging door de schuldvernieuwing. Een nieuwe verbintenis ontstond tussen de schuldenaar en degene, die het recht op de prestatie moest verkrijgen. De nieuwe schuldeiser

²²⁶ Zie Falcone 2012, p. 154.

kreeg deze nieuwe verbintenis in zijn vermogen. Ik denk dat Gaius vaststelde dat een verbintenis niet kon worden overgedragen op alle wijzen die hij daarvoor had behandeld. Gaius vroeg zich af hoe de kern van een verbintenis, het *agere posse*, bij iemand anders in het vermogen kon komen. Het draaide de schuldeiser om de vordering, oftewel om het kunnen instellen van een actie. Gaius legde uit dat het instellen van een actie in eigen naam alleen mogelijk was, indien schuldvernieuwing had plaatsgevonden.²²⁷ Van een werkelijke overdracht in die zin dat het vermogensbestanddeel van de een naar de ander overging, was echter geen sprake, omdat schuldvernieuwing vereiste dat de oorspronkelijke verbintenis tenietging. De verbintenis, die daarvoor in de plaats kwam, hoefde inhoudelijk bovendien niet hetzelfde te zijn als de tenietgegane verbintenis. Of de inhoud hetzelfde was, hing af van de stipulatie tussen de schuldenaar en de nieuwe schuldeiser.

Dat van een werkelijke overgang geen sprake was, blijkt verder uit het feit dat de nieuwe schuldeiser enkel gebruik kon maken van een pandrecht indien hij een pandrecht bedong. De nieuwe schuldeiser kon geen gebruik maken van het eerder gevestigde pandrecht.

Indien schuldvernieuwing niet had plaatsgevonden ter vervanging van de schuldeiser, maar ter vervanging van de schuldenaar, dan bleef de schuldeiser dezelfde en kon deze in Gaius' tijd nog steeds een beroep doen op het pandrecht dat was gevestigd ter verzekering van de door schuldvernieuwing tenietgegane verbintenis. De reden hiervoor was gelegen in de *formula* van de *actio quasi Serviana*, ook wel *actio Serviana* genoemd.²²⁸ De *actio Serviana* was de actie waarmee een pandhouder het bezit van een hem verpande zaak kon opeisen. Wie de *Serviana* instelde, moest bewijzen dat de verpanding had plaatsgevonden vanwege een geldschuld, dat het geld niet was betaald, noch op een andere manier voldoening was gegeven en dat het niet aan de eiser had gelegen dat er niet was betaald.²²⁹ De schuld was door de schuldvernieuwing weliswaar tenietgegaan, maar het pand was enkel bevrijd, indien was betaald, anderszins genoegdoening was gegeven of indien het aan de schuldeiser lag dat niet was betaald.²³⁰ Gaius schreef naar aanleiding van een geval waarin schuldvernieuwing had plaatsgevonden om de schuldenaar te vervangen het volgende.²³¹

²²⁷ Zie Gaius' *Instituten* 2,39.

²²⁸ Zie over de verschillende benamingen van de *Serviana* p. 93. Zie over het voortbestaan van de mogelijkheid de *Serviana* in te stellen, bijvoorbeeld D. 16,1,13,1. Pomponius schreef vrijwel hetzelfde, zie D. 4,4,50. Zie over deze kwestie Ankum 1975, p. 1 en verder; Wacke 2000, p. 616 en verder; Out 2005, p. 100 en verder en zie, ten slotte, Krämer 2007, p. 43 en verder.

²²⁹ Zie voor de *formula* van de *actio Serviana* p. 33.

²³⁰ Zie hierover Wacke 2000, p. 625.

²³¹ Het fragment is afkomstig uit de titel betreffende het *Senatusconsultum Velleianum*. Het geval waar Gaius over schreef, ging over een vrouw, die de schuld van een ander had overgenomen. De heersende leer gaat ervan uit dat deze schuldovertname plaatsvond in de

D. 16,1,13,1

Gaius, libro nono ad edictum provinciale. De pignoribus prioris debitoris non est creditori nova actione opus, cum quasi serviana (quae et hypothecaria vocatur) in his utilis sit: quia verum est convenisse de pignoribus nec solutam esse pecuniam.

Gaius, Het Provincie-edict IX. Betreffende panden van een vroegere schuldenaar heeft de schuldeiser geen nieuwe actie nodig, omdat hiervoor de quasi-Serviaanse actie – die ook hypothecaire actie genoemd wordt – effect sorteert; het is immers inderdaad zo dat over de panden een overeenkomst is gesloten en dat de schuld niet is betaald.

Indien schuldvernieuwing echter had geleid tot vervanging van de schuldeiser, dan hielp de *formula* van de *Serviana* de nieuwe schuldeiser niet, omdat hij geen pandrecht had, tenzij hij dit bedong. De nieuwe schuldeiser kon niet bewijzen dat de zaak aan hem was verpand en kon dientengevolge geen geslaagd beroep doen op de *actio Serviana*. Hij had nooit een pandrecht gehad. De nieuwe schuldeiser moest ter gelegenheid van de schuldvernieuwing een pandrecht bedingen. Ulpianus schreef:

D. 13,7,11,1

Ulpianus, libro vicensimo octavo ad edictum. Novata autem debiti obligatio pignus peremit, nisi convenit, ut pignus repetatur.

Ulpianus, Het Edict XXVIII.

Schuldvernieuwing doet de pandverbintenis tenietgaan, tenzij men overeengekomen is dat het pand hernieuwd wordt.

Volgens Ulpianus was bepalend voor het voortbestaan van het pand, hetgeen partijen overeenkwamen. Keizer Gordianus III bepaalde hetzelfde.²³²

Ulpianus schreef in het algemeen dat schuldvernieuwing de pandverbintenis teniet deed gaan en maakte geen onderscheid tussen het geval waarin schuldvernieuwing leidde tot vervanging van de schuldeiser en het geval waarin ze leidde tot vervanging van de schuldenaar. In de jaren na Gaius veranderde

vorm van schuldvernieuwing; zie Ankum 1975, p. 3 en Out 2005, p. 206-207; anders echter Krämer 2007, p. 45-46. Eenmaal tot betaling aangesproken, verweerde de vrouw zich met de exceptie uit het *senatusconsultum*. De schuldeiser vroeg de praetor om herstel in de oude toestand. Gaius schreef dat de schuldeiser geen nieuwe actie nodig had om het pand op te eisen. Het lijkt mij niet zo dat Gaius schreef dat de schuldeiser de *actio Serviana* nog steeds kon instellen, omdat de *novatio* nietig was, nu deze niet het gewenste effect had gehad (zo Wacke 2000, p. 618, nt. 14). Gaius motiveerde zijn mening niet voor niets door te schrijven dat het ging om panden van een vroegere schuldenaar.

²³² Zie C. 8,26(27),1pr.: '*Pignus intercidit, si novatione facta in alium ius obligationis transtulisti nec, ut ea res pignoris nomine teneretur, cautum est.*' Vertaling: 'Het pandrecht is verloren gegaan, als u door het aangaan van schuldvernieuwing het vorderingsrecht op een ander hebt overgedragen en niet is bepaald dat die zaak [opnieuw] als pand zou worden verbonden.' Dit rescript is bekendgemaakt in het jaar 239.

namelijk de wijze waarop de *formula* van de *actio Serviana* werd geïnterpreteerd.²³³ De zinsnede dat het verschuldigde niet was betaald, noch anderszins voldoening was gegeven en dat het niet aan de eiser had gelegen dat er niet was betaald, werd in de tijd van Papinianus en Ulpianus zo geïnterpreteerd dat in geval van schuldvernieuwing het pandrecht niet voortbestond. Papinianus schreef:

²³³ Zie Ankum 1975, p. 6 en verder. De twijfel sloeg volgens Ankum toe in de tijd van Scaevola, zie Ankum 1975, p. 12. Ankum wees op een fragment van Scaevola, ons bekend als D. 20,4,21pr.: '*Titius Seiae ob summam, qua ex tutela ei condemnatus erat, obligavit pignori omnia bona sua quae habebat quaeque habiturus esset: postea mutuatus a fisco pecuniam pignori ei res suas omnes obligavit: et intulit Seiae partem debiti et reliquam summam novatione facta eidem promisit, in qua obligatione similiter ut supra de pignore convenit. Quaesitum est, an Seia praeferenda sit fisco et in illis rebus, quas Titius tempore prioris obligationis habuit, item in his rebus, quas post priorem obligationem adquisiit, donec universum debitum suum consequatur. Respondit nihil proponi, cur non sit praeferenda.*' Vertaling: 'Titius heeft jegens Seia voor het bedrag, waartoe hij uit hoofde van zijn voogdijbeheer jegens haar veroordeeld was, alle goederen die hij had of nog zou hebben als pand verbonden. Daarna leende hij geld van de keizerlijke schatkist en verbond jegens hem al zijn goederen als pand. Aan Seia betaalde hij een deel van zijn schuld en zegde haar tevens bij noverende stipulatie betaling van de resterende som toe; bij deze verbintenis werd inzake het pand hetzelfde overeengekomen als bovenvermeld. De vraag is opgeworpen of Seia voorrang heeft boven de keizerlijke schatkist, zowel voor die zaken die Titius ten tijde van de eerste verbintenis had als ook voor de zaken die hij ná de eerste verbintenis heeft verworven, totdat zij het volledige aan haar verschuldigde bedrag verkrijgt. [Scaevola] heeft geantwoord dat er geen enkel argument te berde was gebracht op grond waarvan haar die voorrang niet gegeven moest worden.' Scaevola ging volgens Ankum nog uit van de oude leer, zoals Gaius die had verkondigd, maar er was in zijn tijd discussie over de juistheid van dit standpunt. Ankum schreef (Ankum 1975, p. 12): '*Dieser Text wird von den Romanisten, die ihn behandeln, immer so ausgelegt, daß die Priorität der Seia bejahende Antwort des Scaevola auf einem nicht ausgesprochenen, stillschweigend unterstellten succedere der Seia in locum suum beruhe. Mir scheint, daß die Kürze des responsum dagegen spricht; so eine neue, von den nicht viel früher schreibenden Juristen Gaius und Pomponius nicht benützte Konstruktion bedürfte einer ausführlicheren Begründung, wie man sie etwa bei Papinian findet, der meiner Vermutung nach die Anwendung dieser Denkform in diesem Falle erfunden hat. Die sich aufdrängende Auslegung des Textes ist m.E. einfacher und für unser Thema lehrreicher. Man kann sich fragen, warum Seia (...) nach der Novation ihren früheren Vormund aufs neue ein Generalpfand bestellen ließ, obgleich sich doch Gaius und Pomponius noch kurz zuvor für das Fortbestehen des Pfandrechts nach der novatio ausgesprochen hatten? Mir scheint, daß Entscheidungen über andere Befreiungsgründe dazu geführt haben, daß einige Juristen anfangen, die Richtigkeit der alten Lehre zu bezweifeln.*' Ankum noemde verschillende redenen voor deze twijfel en meende dat kort na het schrijven van Scaevola de juristen de *actio Serviana* anders begonnen te interpreteren, zie Ankum 1975, p. 12-13. Wacke meende dat in de tekst van Scaevola wel degelijk sprake was van een *succedere in locum*, zie Wacke 2000, p. 621. Wacke bestreed dan ook Ankum's betoog dat Gaius en Pomponius anders te werk gingen dan de laatklassieke juristen, zie Wacke 2000, p. 622, nt. 33. Het lijkt mij dat Ankum het bij het rechte eind had dat Papinianus de eerste was, die in dit kader gebruik maakte van *succedere in locum*. Opvallend is, bijvoorbeeld, dat Papinianus in het fragment ons bekend als D. 20,4,3pr. (zie voor de tekst van dit fragment de hoofdtekst) het woord *tamquam* gebruikte en Marcianus niet.

D. 20,4,3pr.

Papinianus, *libro undecimo responsorum*. Creditor acceptis pignoribus (quae secunda conventionione secundus creditor accepit) novatione postea facta pignora prioribus addidit. Superioris temporis ordinem manere primo creditori placuit tamquam in suum locum succedenti.

Papinianus, *Adviezen XI*. Een schuldeiser kreeg zaken in pand, en bij een latere overeenkomst kreeg een tweede schuldeiser deze eveneens in pand. Daarna heeft schuldvernieuwing met de eerste schuldeiser plaatsgevonden en heeft deze nieuwe panden aan de bestaande toegevoegd. Naar de heersende leer behoudt de eerste schuldeiser, als ware hij opvolger in zijn eigen plaats, zijn voorrang in tijdsorde.

Marcianus kende dit fragment van Papinianus uit het elfde boek van Papinianus' Adviezen en legde het geval uit in zijn monografie over de hypotheekactie.²³⁴ De vraag was of de eerste pandhouder zijn rang behield, indien door schuldvernieuwing de vordering tenietging ter verzekering waarvan het pand was gegeven. Uit het relaas van Marcianus blijkt dat de schuldenaar had gevraagd om een extra lening.²³⁵ Schuldeiser en schuldenaar waren vervolgens overgegaan tot schuldvernieuwing.²³⁶ De schuldvernieuwing leidde ertoe dat de oude verbintenis teniet ging en dat in de plaats daarvan een nieuwe verbintenis kwam. Dezelfde zaken waren wederom in pand gegeven, samen met nog andere. De schuldenaar had na de schuldvernieuwing een hogere schuld dan in de tenietgegane verbintenis. De nieuwe schuld was namelijk ten opzichte van de oude schuld verhoogd met het extra geleende bedrag. Papinianus en Marcianus concludeerden dat na de schuldvernieuwing de pandhouder opvolgde in zijn eigen rang, althans wat betreft het bedrag van de eerste lening.

De term *succedere in locum*, het opvolgen in de plaats of, specifiek, de rang, kwam vaker voor in de bronnen. Van *succedere in locum* was bijvoorbeeld

²³⁴ Zie D. 20,4,12,5, Marcianus, De hypotheekactie: '*Papinianus libro undecimo respondit, si prior creditor postea novatione facta eadem pignora cum aliis accepit, in suum locum eum succedere: sed si secundus non offerat pecuniam, posse priorem vendere, ut primam tantum pecuniam expensam ferat, non etiam quam postea credidit, et quod superfluum ex anteriore credito accepit, hoc secundo restituat.*' Vertaling: 'Papinianus heeft in zijn 11^e boek als advies gegeven dat, als een eerdere schuldeiser naderhand tot schuldvernieuwing overgaat en dezelfde zaken samen met nog andere in pand krijgt, hij in zijn eigen rang opvolgt. Maar als de tweede schuldeiser geen betaling aanbiedt, kan de eerste het pand slechts verkopen om de eerste geldsom betaald te krijgen, dus niet tevens het bedrag dat hij naderhand heeft uitgeleend; wat hij meer dan de eerste lening verkrijgt, moet hij aan de tweede schuldeiser afgeven.' Zie hierna, p. 250.

²³⁵ Zie D. 20,4,12,5 (zie voor de tekst van dit fragment de vorige voetnoot).

²³⁶ De pandhouder had de vraag of hij zijn rang behield, kunnen voorkomen door de extra lening overeen te komen in een afzonderlijke verbintenis. De oorspronkelijke verbintenis en het oorspronkelijke pandrecht bleven dan zonder meer onaangetast. Hier kozen schuldeiser en schuldenaar echter voor schuldvernieuwing. Wellicht wilden ze de voorwaarden van de oorspronkelijke lening aanpassen.

ook sprake in geval van meervoudige verpanding, indien de tweede pandhouder de vordering voldeed, die de eerste pandhouder had op de pandgever.²³⁷ Er was dus geen sprake van schuldvernieuwing, maar van betaling. Paulus sprak in dit geval over de opvolging in het *ius pignoris*.²³⁸ De tweede pandhouder die in de plaats van de eerste pandhouder was gekomen, kon bijvoorbeeld eveneens een beroep doen op een eventueel verkoopbeding bedongen door de eerste pandhouder, zelfs als hijzelf en de pandgever bij de vestiging van zijn pandrecht bewust geen verkoopbeding waren overeengekomen.

Papinianus en Marcianus lieten het *succedere in locum* enkel toe voor zover derden, zoals lager gerangschikte pandhouders, niet in een slechtere positie

²³⁷ Zie bijvoorbeeld C. 8,18(19),1, een constitutie van Septimus Severus en Antoninus Caracalla uit het jaar 209. Zie over ‘*hypothekarische Sukzession*’ bijvoorbeeld Schanbacher 2016, p. 149 en verder. Schanbacher maakte een onderscheid tussen het *ius offerendi et succedendi* en andere vormen van ‘*hypothekarische Sukzession*’ (zie Schanbacher 2016, p. 161): ‘*Der Tatbestand der hypothekarischen Sukzession setzt eine Tilgung der vom Pfandrecht gesicherten Forderung voraus, es reicht allerdings auch Annahmeverzug insofern oder Sicherheitsleistung; ferner die eigenen Pfandübereinkunft. Der Tatbestand des ius offerendi et succedendi hingegen verlangt eine Ablösung des Pfandrechts selbst; die gesicherte Forderung darf keinesfalls in Bezug genommen werden. Von der Rechtsfolge her gesehen ist hypothekarische Sukzession die Übernahme eines abstrakten Pfandrechts oder, konkret, einer frei gewordenen Pfandrechtsstelle, während eine Ausübung des ius offerendi et succedendi Übernahme eines konkreten Pfandrechts und einer besetzten Pfandrechtsstelle ist.*’ Over de constructie, die ontstond, indien de tweede pandhouder gebruik maakte van het *ius offerendi et succedendi* is discussie, zie bijvoorbeeld Emunds & Harke 2015, p. 22 en verder.

²³⁸ Zie D. 20,3,3, Paulus, Rechtsvragen III: ‘*Aristo Neratio Prisco scripsit: etiamsi ita contractum sit, ut antecedens dimitteretur, non aliter in ius pignoris succedet, nisi convenerit, ut sibi eadem res esset obligata: neque enim in ius primi succedere debet, qui ipse nihil convenit de pignore: quo casu emptoris causa melior efficietur. Denique si antiquior creditor de pignore vendendo cum debitore pactum interposuit, posterior autem creditor de distrahendo omisit non per oblivionem, sed cum hoc ageretur, ne posset vendere, videamus, an dici possit huc usque transire ad eum ius prioris, ut distrahere pignus huic liceat. Quod admittendum existimo: saepe enim quod quis ex sua persona non habet, hoc per extraneum habere potest.*’ Vertaling: ‘Aristo schreef aan Neratius Priscus: ook al is een contract [tussen de schuldenaar en een derde] aangegaan met dien verstande dat de voorgaande schuldeiser zou worden voldaan, de derde kan alleen dan in het pandrecht opvolgen, indien overeengekomen is dat dezelfde zaak jegens hem als pand verbonden zal zijn. Wie zelf niets aangaande een pand overeengekomen is, behoort namelijk niet op te volgen in het recht van de eerste [schuldeiser]; in dit geval zal de positie van de koper [van de verpande zaak] het sterkst zijn. Stel voorts dat de eerdere schuldeiser met de schuldenaar een afspraak over de verkoop van het pand heeft gemaakt, maar de latere schuldeiser het verkoopbeding achterwege heeft gelaten, en dan niet bij vergissing, maar omdat het de bedoeling was dat hij niet zou kunnen verkopen; dan moeten wij bezien of men kan zeggen dat het recht van zijn voorganger in die mate op hem overgaat, dat het hem toegestaan is het pand te verkopen. Naar mijn mening moet dit toegelaten worden; het komt immers dikwijls voor dat men een recht dat men uit eigen hoofde niet heeft, wel door een derde kan verkrijgen.’

kwamen.²³⁹ Ze maakten – met andere woorden – alleen een uitzondering op het beginsel ‘eerder in tijd, sterker in recht’ als de positie van derden niet verslechterde. Het pandrecht kwam in de plaats van het eerdere pandrecht.²⁴⁰ Wat betreft het extra geleende geld kon de pandhouder enkel een pandrecht krijgen dat in rang kwam achter het pandrecht van de tweede pandhouder.

Om misverstanden te voorkomen, merk ik op dat het uitgangspunt dat met de verbintenis het pandrecht tenietging door schuldvernieuwing niet overkort gold.²⁴¹ Zoals ik uitlegde, sloten partijen aan het begin van een proces een procesovereenkomst, een *litis contestatio*, bij de praetor. Indien de eiser een persoonlijke actie instelde, een actie op grond van een verbintenis, leidde de procesovereenkomst tot schuldvernieuwing, dat wil zeggen dat de verbintenis, die in het geding was, tenietging en in de plaats daarvan een verbintenis ontstond onder de opschortende voorwaarde dat een veroordeling volgde.²⁴² Een pandrecht dat was gevestigd ter verzekering van de verbintenis die tenietging door de werking van de *litis contestatio*, bleef echter bestaan. De schuldeiser kon dientengevolge zelfs na een gerechtelijke procedure zich alsnog verhalen op het pand als dat zijn voorkeur had.²⁴³ De Romeinse juristen bereikten het voortbestaan van het pandrecht in dit geval door de *formula* van de *actio Serviana* net zo te interpreteren als Gaius had gedaan, toen hij werd geconfronteerd met de vraag of het na schuldvernieuwing mogelijk was een pand op te eisen met de *actio Serviana*. Marcianus schreef:

D. 20,1,13,4

Marcianus, *libro singulari ad formulam hypothecariam*.

Etiamsi creditor iudicatum debitorum fecerit, hypotheca manet obligata, quia suas condiciones habet hypothecaria actio, id est si soluta est pecunia aut satisfactum est, quibus cessantibus tenet. Et si cum defensore in personam egero, licet is mihi satisdederit et damnatus sit, aequae hypotheca manet obligata. Multo magis ergo si in personam actum sit sive cum reo

Marcianus, *De hypothekactie*. Ook als een schuldeiser een vonnis tegen zijn schuldenaar heeft verkregen, blijft de verhypothekteerde zaak verbonden, aangezien de hypothekactie haar eigen criteria heeft, d.w.z. betaling van het geld of genoegdoening; wordt hieraan niet voldaan, dan blijft de zaak verbonden. En als ik tegen de vertegenwoordiger van de gedaagde met een persoonlijke actie procedeer, blijft de verhypothekteerde zaak eveneens verbonden, zelfs al heeft hij mij door borgstelling zekerheid gegeven en is hij veroordeeld. Met des te meer reden blijft de verhypothekteerde zaak derhalve verbonden, wanneer

²³⁹ Zie D. 20,4,12,5. Zie voor de tekst van dit fragment hiervoor noot 234.

²⁴⁰ Zie hierover Wacke 2000, p. 624. Wacke noemde schuldvernieuwing zelfs ‘*ein reines Internum zwischen Gläubiger und Schuldner, welches Außenstehende nichts angeht.*’ Pandhouders met een lagere rang mochten, volgens hem, noch in een betere, noch in een slechtere positie komen door de schuldvernieuwing.

²⁴¹ Zie Ankum 1975, p. 9.

²⁴² Zie hiervoor p. 27.

²⁴³ Zie Koops 2010, p. 39-40.

sive cum fideiussore sive cum
utrisque pro parte, licet damnati
sint, hypotheca manet obligata
nec per hoc videtur satisfactum
creditori, quod habet iudicati
actionem.

met een persoonlijke actie geprocedeerd is tegen
de gedaagde zelf of tegen zijn borg dan wel tegen
beiden voor een deel, ook al zijn zij veroordeeld;
de schuldeiser wordt dus niet geacht tevreden te
zijn gesteld door het enkele feit dat hij de actie op
grond van vonnis heeft.

Ulpianus betoogde hetzelfde.²⁴⁴

Zo blijkt dat de Romeinse juristen twee mechanismen gebruikten teneinde het mogelijk te maken om zonder dat sprake was van rangverlies na schuldvernieuwing een beroep te kunnen doen op een pandrecht, dat was gevestigd ter verzekering van de verbintenis, die teniet was gegaan.

Het eerste mechanisme was gebaseerd op de interpretatie van de *actio Serviana*. De oudere juristen, zoals Gaius en Pomponius, vonden schuldvernieuwing niet hetzelfde als betaling, het geven van genoegdoening of schuldeisersverzuim en meenden om die reden dat de *actio Serviana* ter beschikking bleef staan aan de pandhouder, ook na de schuldvernieuwing. Marcianus en Ulpianus betoogden hetzelfde ten aanzien van schuldvernieuwing, die het gevolg was van de *litis contestatio*. Dit mechanisme werkte enkel, indien de schuldeiser hetzelfde bleef. Een beroep op de *actio Serviana* vereiste namelijk dat de schuldeiser een pandrecht had.

Het tweede mechanisme werkte ook, indien de schuldvernieuwing leidde tot vervanging van de schuldeiser. Indien de nieuwe schuldeiser bedong dat het pandrecht werd hernieuwd, dan kreeg hij een pandrecht dat dezelfde rang had als het oude pandrecht. Er was sprake van *succedere in locum*: het nieuwe pandrecht volgde op in de plaats van het oude pandrecht. De latere juristen voorkwamen rangverlies door het *succedere in locum*.²⁴⁵

De latere juristen gebruikten het mechanisme van het *succedere in locum* niet indien sprake was van de noodzakelijke schuldvernieuwing, die de *litis contestatio*, meebracht. Ik denk dat deze uitzondering verklaard kan worden door het karakter van de *litis contestatio*. De *litis contestatio* was een vorm van noodzakelijke schuldvernieuwing, *novatio necessaria*, die telkens plaatsvond aan het begin van een procedure, onafhankelijk van de wil van partijen.²⁴⁶ Vrijwillige schuldvernieuwing was iets heel anders, zo schreef Paulus:

²⁴⁴ Zie D. 13,7,11pr., Ulpianus, *Het Edict XXVIII*: ‘*Solutum non videtur, si lis contestata cum debitore sit de ipso debito vel si fideiussor conventus fuerit.*’ Vertaling: ‘Men gaat ervan uit dat er niet betaald is, als er juist over de schuld zelf met de schuldenaar een procesovereenkomst is gesloten of als de borg is aangesproken.’

²⁴⁵ Zie Ankum 1975, p. 7.

²⁴⁶ Zie daarover hiervoor p. 27. Zie voor de term *novatio necessaria* Lokin/Brandsma 2016, p. 55 (P14).

D. 46,2,29

Paulus, libro vicesimo quarto quaestionum. Aliam causam esse novationis voluntariae, aliam iudicii accepti multa exempla ostendunt. Perit privilegium dotis et tutelae, si post divortium dos in stipulationem deducatur vel post pubertatem tutelae actio novetur, si id specialiter actum est: quod nemo dixit lite contestata: neque enim deteriores causas nostram facimus actionem exercentes, sed meliores, ut solet dici in his actionibus, quae tempore vel morte finire possunt.

Paulus, Rechtsvragen XXIV. Uit vele voorbeelden blijkt dat vrijwillige schuldvernieuwing iets heel anders is dan die welke [noodzakelijkerwijze] intreedt bij het aanhangig maken van een proces. Zo gaan de voorrechten²⁴⁷ verbonden aan bruidsschat en voogdij verloren, als na echtscheiding de bruidsschat tot voorwerp van een stipulatie wordt gemaakt of na het intreden van de volwassenheid de voogdijsactie vernieuwd wordt, als dat uitdrukkelijk de bedoeling is. Niemand heeft ooit betoogd dat dit zo is, wanneer een proces aanhangig is gemaakt. Wij verslechteren immers onze positie niet door een actie in te stellen, maar verbeteren haar, zoals men pleegt te zeggen bij acties die door tijdsverloop of door de dood verloren kunnen gaan.

De schuldvernieuwing, die het gevolg was van de *litis contestatio*, liet geen ruimte aan de schuldeiser om hernieuwing van het pandrecht te bedingen. Out benadrukte dat de schuldeiser niet vermoed kon worden afstand te hebben gedaan van zijn zekerheidsrecht, omdat de procesrechtelijke schuldvernieuwing plaatsvond buiten de invloedssfeer van de schuldeiser.²⁴⁸ De enige mogelijkheid om de schuldeiser alsnog een beroep op het pand te laten doen, was het zo uitleggen van de *actio Serviana* dat nog steeds aan de voorwaarden voor het met succes instellen van deze actie was voldaan. Deze interpretatie was gewenst, omdat een schuldeiser een actie instelde om zijn situatie te verbeteren, niet te verslechteren, zoals Paulus uitlegde.²⁴⁹

Het tenietgaan van de verbintenis door schuldvernieuwing, die leidde tot vervanging van de schuldeiser, betekende in de tijd van Ulpianus, Marcianus en Papinianus, kortom, dat het pandrecht als afhankelijk recht eveneens tenietging.²⁵⁰ Tegelijkertijd kreeg de pandhouder, indien hij opnieuw een

²⁴⁷ Paulus wees als voorbeeld naar voorrechten verbonden aan bruidsschat en voogdij. Paulus schreef weliswaar niet expliciet over pandrechten, maar de strekking van zijn betoog is duidelijk. Volgens Paulus had vrijwillige schuldvernieuwing andere rechtsgevolgen dan noodzakelijke schuldvernieuwing. Het instellen van een actie leidde tot noodzakelijke schuldvernieuwing. Deze schuldvernieuwing mocht echter geen verslechtering van de positie van de schuldeiser opleveren. Indien pandrechten teniet zouden gaan door de *litis contestatio*, dan zou dit een verslechtering van de positie van de schuldeiser betekenen, bijvoorbeeld indien na afloop van de procedure bleek dat bij de veroordeelde schuldenaar niets te halen viel.

²⁴⁸ Zie Out 2005, p. 174.

²⁴⁹ Zie hierover bijvoorbeeld Krämer 2007, p. 46.

²⁵⁰ Zie bijvoorbeeld D. 46,3,43.

pandrecht bedong, een pandrecht dat dezelfde rang had als zijn oude pandrecht en dat hetzelfde belang dekte. Net zoals de nieuwe verbintenis in de plaats kwam van de oude verbintenis, kwam het nieuwe pandrecht in de plaats van het oude pandrecht. Indien inhoudelijk hetzelfde was overeengekomen, stelde Gaius niet voor niets dat de eerste verbintenis in de latere werd omgezet.²⁵¹ Hoewel van een werkelijke overdracht geen sprake was, blijkt uit meerdere teksten dat volgens de Romeinse juristen schuldvernieuwing werkte alsof er sprake was van een overgang: de ene verbintenis ging als het ware over in de andere en voor een afhankelijk recht als het pandrecht gold hetzelfde.²⁵² Opvallend is dat Ulpianus dezelfde terminologie gebruikte als Gaius. Ulpianus schreef dat alle zaken konden overgaan door middel van schuldvernieuwing:

*‘Omnes res transire in novationem possunt.’*²⁵³

Een bezwaar tegen schuldvernieuwing als manier om te bewerkstelligen dat de vordering overging, was de vereiste medewerking van de schuldenaar. Door die vereiste medewerking was het onmogelijk de schuld over te dragen zonder toestemming van de schuldenaar. De Romeinen gingen dan ook op zoek naar een andere constructie.

3.5.2 *Procurator in rem suam*

Gaius legde uit dat zonder schuldvernieuwing het niet mogelijk was op eigen naam een actie in te stellen om een vordering te innen, die toekwam aan een ander.²⁵⁴

Gaius’ *Instituten* 2,39

Sine hac vero novatione non poteris tuo nomine agere, sed debes ex persona mea quasi cognitor aut procurator meus experiri.	Zonder deze schuldvernieuwing toch kunt u niet te uwen name een actie instellen, doch moet u in mijn naam als mijn <i>cognitor</i> of <i>procurator</i> in rechte optreden.
---	---

²⁵¹ Zie Gaius’ *Instituten* 3,176.

²⁵² Zie bijvoorbeeld D. 44,7,44,6 en D. 46,2,2. In D. 44,7,44,6 besprak Paulus een bepaalde kwestie en stelde voor dit geval te behandelen alsof er schuldvernieuwing plaatsvond. Hij schreef: *‘an vero transferat in se et quasi novatio prioris fiat.’* Vertaling: ‘dat de tweede de eerste in zichzelf doet overgaan en er bij wijze van spreken novatie van de eerste plaatsvindt’. Het overgaan vinden we ook bij Scaevola, zie D. 46,1,60. Zie Wacke 2000, p. 619.

²⁵³ Zie D. 46,2,2. Spruit c.s. vertaalde deze zinsnede aldus: ‘Alle zaken kunnen voorwerp van schuldvernieuwing zijn.’

²⁵⁴ Zie over schuldvernieuwing de vorige subparagraaf (§ 3.5.1). Schuldvernieuwing leidde tot schuldeisersvervanging. De nieuwe schuldeiser kon op eigen naam een actie instellen tegen de schuldenaar.

De schuldeiser kon wél de beoogde nieuwe schuldeiser aanwijzen als zijn vertegenwoordiger, dat wil zeggen dat hij hem benoemde tot *cognitor* of *procurator*.²⁵⁵ De schuldeiser machtigde zijn vertegenwoordiger de vordering te innen en de vertegenwoordiger mocht het geïnde bovendien zelf houden. De gemachtigde was *procurator in rem suam* oftewel vertegenwoordiger in eigen zaak. De gemachtigde kreeg een zogenoemd cessiemandaat.²⁵⁶

Indien een *procurator in rem suam* een procedure begon om de vordering te innen, dan loste het cessiemandaat zich op in de *formula* van de actie, die de *procurator in rem suam* instelde. De *procurator in rem suam* kon de actie niet in zijn eigen naam instellen, omdat hij slechts vertegenwoordiger was. De *intentio* bevatte om die reden de naam van de schuldeiser, die het cessiemandaat had gegeven aan de *procurator in rem suam*. Teneinde ervoor te zorgen dat een eventuele veroordeling ten bate kwam van de *procurator in rem suam* stelde de praetor de *condemnatio* zo op dat gedaagde moest worden veroordeeld te betalen aan de *procurator in rem suam*.²⁵⁷ Gaius:

Gaius' Instituten 4,86

Qui autem alieno nomine agit, intentionem quidem ex persona domini sumit, condemnationem autem in suam personam convertit. Nam si uerbi gratia Lucius Titius pro Publio Mevio agat, ita formula concipitur: SI PARET NUMERIUM NEGIDIUM PUBLIO MEVIO SESTERTIUM X MILIA DARE OPORTERE, IUDEX NUMERIUM NEGIDIUM LUCIO TITIO SESTERTIUM X MILIA CONDEMNA, SI NON PARET, ABSOLVE. (...)

Wie op naam van een ander procedeert, ontleent de rechtsbewering aan de persoon van zijn principaal, maar stelt de veroordelingsclausule op zijn eigen naam. Als bijvoorbeeld Lucius Titius voor Publius Mevius een actie instelt, wordt de *formula* als volgt geredigeerd: INDIEN BLIJKT DAT NUMERIUS NEGIDIUS AAN PUBLIUS MEVIUS 10.000 SESTERTIËN BEHOORT TE GEVEN, VEROORDEELT GIJ DAN, RECHTER, NUMERIUS NEGIDIUS JEGENS LUCIUS TITIUS TOT 10.000 SESTERTIËN. INDIEN HET NIET BLIJKT, WIJS DAN DE EIS AF. (...)

²⁵⁵ Zie over het verschil tussen een aanstelling als *cognitor* en een aanstelling als *procurator* Gaius' *Instituten* 4,83 (aanstelling *cognitor*) en Gaius' *Instituten* 4,84 (aanstelling *procurator*). Een *cognitor* moest in rechte worden benoemd in aanwezigheid van de tegenpartij. Een *procurator* procedeerde op grond van een volmacht, een *iussum*. Aan deze volmacht werden geen vormvereisten gesteld. Zie Wacke 2001, p. 336.

²⁵⁶ De toevoeging '*in rem suam*' was van belang omdat lastgeving, *mandatum*, gewoonlijk plaatsvond in het belang van de lastgever en niet in dat van de lasthebber, zie Gaius' *Instituten* 3,155–156. In geval van een cessiemandaat kwam de lastgeving neer op een machtiging, die in het belang was van de lasthebber. Zimmermann schrijft over deze machtiging (Zimmermann 1996, p. 61): '*This authorization is often referred to as a mandatum ad agendum. The term "mandate", however, should be used with circumspection, as in the present context it does not refer to the consensual contract of mandatum, but is an untechnical equivalent of the terminus technicus "iussum".*' Zie over deze kwestie bijvoorbeeld Kaser 1971 (RP I), p. 653 (§ 153).

²⁵⁷ Zie voor het begrip *intentio* en het begrip *condemnatio* hiervoor p. 18.

Ook aan deze constructie kleefden nadelen. Omdat de schuldeiser zijn positie behield, bleef de schuldenaar bevoegd bevrijdend te betalen aan hem, waardoor er voor de nieuwe schuldeiser niets te innen viel.²⁵⁸ Bovendien kon de schuldeiser de machtiging herroepen, al kon een dergelijke herroeping in strijd zijn met de goede trouw.²⁵⁹ Het was zelfs zo dat door de dood van één van beiden de machtiging van rechtswege tenietging.²⁶⁰ Een procesvertegenwoordiger, die was gemachtigd in zijn eigen belang een vordering te innen, liep zo op verschillende manieren het gevaar de opbrengst van de vordering niet te ontvangen. Dit gevaar verdween pas na het sluiten van een procesovereenkomst met de schuldenaar van de vordering. De noodzakelijke schuldvernieuwing die de procesovereenkomst inhield, zorgde ervoor dat vanaf dat moment zijn positie onaantastbaar was.²⁶¹

²⁵⁸ De *procurator in rem suam* kon zich beschermen tegen een dergelijke bevrijdende betaling door de ‘cedent’ in de vorm van een stipulatie te laten beloven hetgeen hij ontving, af te geven aan de *procurator in rem suam*, en bovendien eventuele schade door handelen in strijd met het cessiemandaat te vergoeden, zie Kaser/Knütel & Lohsse 2017, p. 332 (§ 55, nr. 4).

²⁵⁹ De heersende leer luidt dat de schuldeiser de machtiging kon herroepen, zie bijvoorbeeld: Kunkel/Honsell 1987, p. 278 (§ 106) en Kaser/Knütel & Lohsse 2017, p. 332 (§ 55, nr. 4). Harke betoogde echter dat de positie van de *procurator in rem suam* afweek van die van een reguliere vertegenwoordiger (zie Harke 2008, p. 8 en verder). Harke wees onder meer op D. 3,3,25, een fragment afkomstig van Ulpianus. Het fragment eindigt als volgt: ‘*Plane si dicat in rem suam se procuratorem datum et hoc probaverit, non debet carere propria lite. Item si retentione aliqua procurator uti velit, non facile ab eo lis erit transferenda.*’ Vertaling: ‘Als hij beweert tot vertegenwoordiger ten eigen bate benoemd te zijn en hiervan het bewijs geleverd heeft, mag hij uiteraard niet van zijn eigen rol in het proces worden afgehouden. En als de vertegenwoordiger gebruik wil maken van enig recht van retentie, mag het proces evenmin zomaar van hem worden overgenomen.’ Zie over D. 3,3,25 ook Klinck 2013, p. 179. Klinck wees verder op D. 3,3,55, waaruit volgens hem eveneens blijkt dat de *procurator in rem suam* vóór de eigenlijke schuldeiser ging, zie Klinck 2013, p. 180. Het laatste deel van dit fragment heeft echter betrekking op degene die niet op grond van een cessiemandaat procedeerde, maar op grond van een *actio utilis*, zie daarover hierna § 3.5.3. Van hem is bekend dat hij een zelfstandige positie had en voor het voortbestaan van die positie niet afhankelijk was van de ‘cedent’. Het is de vraag in hoeverre degene, die een *procurator in rem suam* had aangesteld, de vrijheid had om een ander aan te wijzen als vertegenwoordiger of om het mandaat in te trekken gelet op de eigen rol van de *procurator in rem suam*. In het algemeen had iemand, die een vertegenwoordiger aanstelde wél die vrijheid, zie D. 3,3,16.

²⁶⁰ In geval van lastgeving, *mandatum*, was het de regel dat de verbintenis eindigde met de dood van één van beide partijen, zie Gaius’ *Instituten* 3,160.

²⁶¹ Zie over de noodzakelijke schuldvernieuwing, die de *litis contestatio* meebracht, hiervoor p. 27.

3.5.3 Een *actio utilis* voor de ‘cessionaris’

Teneinde de beoogde nieuwe schuldeiser reeds voor de *litis contestatio* een zelfstandige actie toe te kennen, werd een *actio utilis* in het leven geroepen waarmee de beoogde nieuwe schuldeiser in zijn eigen naam de vordering kon innen.²⁶² Deze *actio utilis* stond echter niet elke ‘cessionaris’ ter beschikking.

Een zelfstandige *actio utilis* kwam voor het eerst toe aan degene, die een nalatenschap kreeg overgedragen op grond van een *fideicommiss*. Een *fideicommiss* was een verzoek van een testator aan zijn erfgenaam om goederen uit de nalatenschap of zelfs de hele nalatenschap over te dragen aan een ander.²⁶³ De erfgenaam en de begunstigde moesten zich eertijds behelpen met een aanstelling als *procurator in rem suam*, omdat een werkelijke overdracht van de vorderingen uit de nalatenschap onmogelijk was. Daarnaast moesten zekerheidsstellingen in de vorm van stipulaties tussen erfgenaam en begunstigde voorkomen dat de erfgenaam met de schulden bleef zitten, terwijl de opbrengst van de vorderingen toekwam aan de begunstigde. Het *senatusconsultum Trebellianum*, uit ofwel het jaar 56, ofwel het jaar 57, bracht verbetering.²⁶⁴ Wat betreft de vorderingen bepaalde het *senatusconsultum* dat de begunstigde *actiones utiles* kreeg om deze te innen. De nalatenschapsschuldeisers kregen bovendien *actiones utiles* tegen de begunstigde. De erfgenaam kreeg op zijn beurt een exceptie om acties af te weren, die desalniettemin tegen hem werden ingesteld. Gaius schreef:

Gaius’ *Instituten* 2,253

Sed posterioribus temporibus Trebellio Maximo et Annaeo Seneca consulibus senatus consultum factum est quo cautum est, ut si cui hereditas ex fideicommissi causa restituta sit, actiones quae iure civili heredi et in heredem competere, ei et in eum darentur cui ex fideicommisso restituta esset hereditas. Per quod senatus consultum desierunt illae cautiones in usu haberi; praetor enim utiles actiones ei et in eum qui recepit hereditatem quasi heredi et in heredem dare coepit, eaque in edicto proponuntur.

In recentere tijd, tijdens het consulaat van Trebellius Maximus en Annaeus Seneca, is echter een senaatsbesluit tot stand gekomen dat voor het geval dat aan iemand op grond van een *fideicommiss* een nalatenschap uitgekeerd is, bepaalt dat de acties die naar *ius civile* aan en tegen de erfgenaam toepasselijk zijn, ook aan en tegen hem verleend moeten worden aan wie een nalatenschap op grond van een *fideicommiss* uitgekeerd is. Door dit senaatsbesluit zijn die zekerheidsstellingen in onbruik geraakt. De praetor is immers aan en tegen degene die een nalatenschap heeft ontvangen analoge acties gaan verlenen als ware het aan en tegen de erfgenaam. Deze acties worden in het edict bekend gemaakt.

²⁶² Zie over het begrip *actio utilis* in het algemeen § 9.1.

²⁶³ Zie over het *fideicommiss* en de afdwingbaarheid daarvan hierna p. 176.

²⁶⁴ Zie over dit *senatusconsultum* bijvoorbeeld Kaser/Knütel & Lohsse 2017, p. 438 (§ 78, nr. 4), Lokin/Brandsma 2016, p. 352 (E14) en Thomas 1976, p. 533.

In de loop van de tijd kregen ook anderen dan de begunstigde de *actio utilis*. Het klassieke Romeinse recht kende echter niet in het algemeen de *actio utilis* toe aan elke ‘cessionaris’. Het schoot de ‘cessionaris’ alleen in specifieke gevallen te hulp.²⁶⁵ Zo vertelde Ulpianus ons dat de koper van een nalatenschap de actie dankte aan keizer Antoninus Pius, die keizer was van 138 tot 161.²⁶⁶ Wie een nalatenschap had gekocht, was met dit nieuwe rechtsmiddel geholpen, niet alleen omdat hij al voor de *litis contestatio* een onaantastbare positie verwierf, maar ook omdat het de levering van de nalatenschap vereenvoudigde. Een erfgenaam kon een nalatenschap niet in één keer leveren, omdat een nalatenschap uit verschillende goederen bestond. De erfgenaam moest ieder goed afzonderlijk leveren. Wat betreft de vorderingen betekende dit dat voor elke vordering een lastgevingsovereenkomst nodig was om de koper tot *procurator in rem suam* te maken. De *actio utilis* maakte die overeenkomsten overbodig.²⁶⁷

De *actio utilis* kwam verder toe aan de koper van een vordering,²⁶⁸ aan degene die een vordering als bruidsschat had ontvangen,²⁶⁹ aan degene aan wie

²⁶⁵ Zie hierover bijvoorbeeld Zwolpe 2010, p. 307 en Windscheid 1856, p. 126: ‘*Es findet sich nirgends in unseren Quellen der allgemeine Satz ausgesprochen, daß das Abtreten der Forderung immer und in allen Fällen die utilis actio verleihe. Sie wird immer nur für einen concreten Grund der Abtretung anerkannt, so für die Abtretung durch Kauf, Verpfändung, Legat, Mitgiftbestellung, Hingabe an Zahlungsstatt.*’

²⁶⁶ Zie het *principium* van D. 2,14,16. Zie voor de tekst van dit fragment van Ulpianus p. 76.

²⁶⁷ Drechsler constateerde (zie Drechsler 1914, p. 19): ‘*Der Fortschritt gegen den früheren Zustand liegt darin, daß der Erbschaftskäufer nicht als cognitor oder procurator in rem suam klagen bezw. verklagt zu werden braucht, und daß die Forderungen nicht erst durch die litiscontestatio auf ihn übergehen.*’

²⁶⁸ Zie bijvoorbeeld C. 4,39,8. Zie voor de tekst van dit rescript p. 237. In dit rescript onderscheidten Diocletianus en Maximianus twee categorieën: de kopers van een vordering, die waren benoemd tot *procurator in rem suam*, en de kopers, die dat niet waren. Die laatste groep had een analoge actie, omdat vroeger in een constitutie zo was bepaald, aldus de keizers. Dat het in de tijd van Diocletianus en Maximianus gewoon was dat de koper van een vordering een *actio utilis* had, blijkt ook uit C. 4,39,7, waarover hierna p. 77. Een ander voorbeeld van een rescript waarin de koper van een vordering een *actio utilis* kreeg is C. 4,10,1. Keizer Gordianus bepaalde in 242: ‘*Data certae pecuniae quantitate ei cuius meministi in vicem debiti actiones tibi adversus debitorem, pro quo solvisti, dicis esse mandatas et, antequam eo nomine litem contestarieris, sine herede creditorem fati munus implese proponis. Quae si ita sunt, utilis actio tibi competit.*’ Vertaling: ‘U beweert dat, nadat u een bepaald bedrag aan geld hebt gegeven aan degene van wie u gewag maakt, in plaats van die schuld de acties tegen de schuldenaar ten behoeve van wie u betaald hebt, aan u door lastgeving zijn overgedragen, en u brengt naar voren dat voordat u uit dien hoofde een proces aanhangig hebt gemaakt, de schuldeiser zonder erfgenaam zijn lot heeft vervuld. Indien de feiten zo liggen, komt u een aangepaste actie toe.’

²⁶⁹ Zie C. 4,10,2. De doorluchtige keizers Valerianus en Gallienus aan Celsus in het jaar 260: ‘*Nominibus in dotem datis, quamvis nec delegatio praecesserit nec litis contestatio subsequuta sit, utilem tamen marito actionem ad similitudinem eius qui nomen emerit dari oportere saepe rescriptum est.*’ Vertaling: ‘Dikwijls is bij rescript bepaald dat, wanneer

een vordering was gelegateerd²⁷⁰ en aan degene, die een vordering in betaling had ontvangen. Uit het rescript betreffende dit laatste geval blijkt bijvoorbeeld dat de *actio utilis* een actie was die de ‘cessionaris’ op eigen naam instelde in tegenstelling tot de actie die hij zou hebben gehad, indien hij als lasthebber optrad:

C. 4,15,5 [A.D. 294]

Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Nanidia. In solutum nomine dato non aliter nisi mandatis actionibus ex persona sui debitoris adversus eius debitores creditor experiri potest. Suo autem nomine utili actione recte utetur.

Diocletianus en Maximianus aan Nanidia.

Wanneer een vordering in betaling is gegeven, kan de schuldeiser alleen dan uit hoofde van de persoon van zijn schuldenaar procederen, wanneer de acties tegen diens schuldenaren aan hem op grond van lastgeving zijn overgedragen. Wel zal hij op eigen naam met recht gebruik maken van een aangepaste actie.

Justinianus kende de *actio utilis* ook toe aan eenieder die een vordering geschonken had gekregen.²⁷¹ De *actio utilis* was bovendien overerfbaar en overdraagbaar, aldus Justinianus in het jaar 528:

C. 8,53(54),33pr.-1 [A.D. 528]

Imp. Iustinianus A. Menae pp. Illam subtilem observationem amputamus, per quam donationis titulo cessiones actionum accipientes non aliter eas suis transmittere heredibus poterant, nisi litem ex his contestati essent vel ius contestationis divino rescripto meruissent. Nam sicut venditionis titulo cessas actiones etiam ante litis contestationem ad heredes transmitti permittitur, simili modo et donatas ad eos transferri volumus, licet nulla contestatio vel facta vel petita

De doorluchtige keizer Justinianus aan Mena, Pretoriaans Prefect.

Wij schaffen de spitsvondige regeling af, waardoor degenen die ten titel van schenking cessie van acties ontvangen, deze uitsluitend aan hun erfgenamen konden overdragen als zij op grond daarvan het proces al aanhangig gemaakt hadden of als zij bij keizerlijk rescript het recht uit een aanhangig proces hadden verkregen. Immers, zoals het toegestaan wordt ten titel van verkoop gecedeerde acties ook vóór het aanhangig maken van het proces op de erfgenamen over te dragen, zo willen Wij dat ook geschonken acties naar hen kunnen worden overgebracht, ook al is nog geen proces aanhangig gemaakt of daarom verzocht. 1. Datzelfde uitgangspunt dient op gelijke

vorderingen als bruidsschat gegeven zijn, ook al is delegatie daaraan niet voorafgegaan en is vervolgens ook geen procedure aanhangig gemaakt, toch aan de echtgenoot een aangepaste actie gegeven behoort te worden, op gelijke wijze als aan degene die een vordering gekocht heeft.’

²⁷⁰ Zie C. 6,37,18. Dit rescript is uitgegeven in het jaar 294 door de keizers Diocletianus en Maximianus. De keizers schreven aan ene Justinus: ‘*Ex legato nominis, actionibus ab his qui successerunt non mandatis, directas quidem actiones legatarius habere non potest, utilibus autem suo nomine experietur.*’ Vertaling: ‘Op grond van het legaat van een vordering kunnen de legataris, wanneer hem de acties door degenen die [als erfgenaam] zijn opgevolgd niet overgedragen zijn, geen directe acties toekomen, maar op eigen naam zal hij wel met aangepaste acties procederen.’

²⁷¹ Zie Luig 1966, p. 5 en Zimmermann 1996, p. 62, nt. 205.

sit. 1. Quod et in procuratore constituendo ad movendas easdem cessas actiones similiter observandum erit, ut minime quis impediatur procuratorem cessarum sibi per donationem actionum dare, licet nulla litis contestatio facta vel petita sit.

wijze ook in acht genomen te worden bij het benoemen van een procesvertegenwoordiger om de betrokken gecedeerde acties in te stellen, in dier voege dat niemand iets in de weg gelegd wordt om voor de hem bij wijze van schenking gecedeerde acties een procesvertegenwoordiger te benoemen, ook al is er nog geen proces aanhangig gemaakt of daarom verzocht.

Een belangrijk verschil met onze cessie is dat de ‘cedent’ zijn positie behield. De ‘cessionaris’ kreeg weliswaar een actie, maar de directe actie van de ‘cedent’ bestond voort.²⁷² De ‘cessionaris’ verving niet de ‘cedent’ in de verbintenis, zoals bij onze cessie. De verbintenis tussen de ‘cedent’ en de schuldenaar bleef bestaan. Om die reden kreeg de ‘cessionaris’ niet de directe actie, die de ‘cedent’ had, maar een analoge actie. Het beeld dat de Romeinen hadden van de verbintenis als een rechtsketen tussen twee personen liet het niet toe dat de schuldeiser werd losgemaakt uit deze band en werd vervangen door een ander.

Eén tekst waaruit duidelijk blijkt dat de ‘cedent’ de directe actie behield, is een tekst van Ulpianus. Ulpianus gaf de schuldenaar de *exceptio doli*, de exceptie wegens wangedrag, tegen de verkoper van een nalatenschap, die na die verkoop alsnog om betaling vroeg bij de schuldenaar.²⁷³ Zo’n verkoper pleegde namelijk wanprestatie jegens de koper. De schuldenaar zou deze exceptie niet nodig hebben gehad, indien de schuldeiser zijn directe actie niet behield. Ulpianus:

D. 2,14,16pr.

Ulpianus, libro quarto ad edictum. Si cum emptore hereditatis pactum sit factum et venditor hereditatis petat, doli exceptio nocet. Nam ex quo

Ulpianus, Het Edict IV. Indien door een schuldenaar een afspraak gemaakt is met de koper van een nalatenschap en de verkoper van die nalatenschap tegen hem een actie instelt, wordt hem met succes de exceptie wegens wangedrag tegengeworpen. Want

²⁷² Zie Kaser 1971 (RP I), p. 654 (§ 153) en Zimmermann 1996, p. 62. Zie ook Gehrich 1963, p. 70 en verder. Een aantal van de teksten waaruit het voortbestaan van de directe actie blijkt, bespreek ik hierna als de vraag aan de orde is hoe de ‘cessionaris’ zich kon beschermen tegen een inning van de vordering door de ‘cedent’. Deze vraag zou überhaupt niet hebben gespeeld, indien de directe actie van de cedent tenietging met het ontstaan van de *actio utilis*. Zie hierna hoofdstuk 8.

²⁷³ Zie over deze tekst bijvoorbeeld Wacke 2001, p. 341 en verder. Wacke betoogde tegen de heersende leer in dat de *exceptio doli* enkel opging in het specifieke geval waar Ulpianus over schreef: ‘*Nach verbreiteter Ansicht soll die Klage des Zedenten allerdings schon nach klassischem Recht mittels einer exceptio doli enträftet worden sein, weil der Zedent nach der Abtretung zur Durchsetzung seines Anspruchs nicht mehr befugt gewesen sei. (...) Diese Ansicht stützt sich auf Ulpianus’ Äußerung in D. 2,14,16pr.; sie beruht jedoch – wie im Folgenden gezeigt werden soll – auf einem Missverständnis. (...) Im Wahrheit bezog sich Ulpian nur auf den ganz speziellen Fall des von einem Erbschaftskäufer mit dem Schuldner geschlossenen Erlass- oder Stundungspaktums.*’

rescriptum est a divo Pio utiles actiones emptori hereditatis dandas, merito adversus venditorem hereditatis exceptione doli debitor hereditarius uti potest.

sinds de vergoddelijkte Antoninus Pius bij rescript bepaald heeft dat aan de koper van een nalatenschap analoge acties verleend moeten worden, kan de schuldenaar van de nalatenschap tegen de verkoper van de nalatenschap terecht gebruik maken van de exceptie wegens wangedrag.

Al met al leidde de *actio utilis* er in het Romeinse recht toe dat een ‘cessionaris’ een zelfstandige actie kreeg om de hem ‘gecedeerde’ vordering te innen. Deze zelfstandige actie maakte dat hij een positie verwierf die hem schuldeiser maakte naar praetorisch recht. De ‘cedent’ bleef weliswaar schuldeiser naar *ius civile*, maar naar *ius honorarium* kwam de vordering toe aan de ‘cessionaris’. De ‘cessionaris’ kreeg weliswaar niet de vordering zelf overgedragen, maar de *actio utilis* die hem ter beschikking werd gesteld, maakte dat hij degene was die de vordering met succes kon innen in de plaats van de ‘cedent’.²⁷⁴

3.5.4 De verhouding van de *actio utilis* van de ‘cessionaris’ en de *actio utilis* van de pandhouder

De keizers Diocletianus en Maximianus schreven aan ene Manasea het volgende.

C. 4,39,7 [jaartal onbekend]

Impp. Diocletianus et Maximianus AA. Manaseae. Postquam eo decursum est, ut cautiones quoque debitorum pignori darentur, ordinarium visum est, ut post nominis venditionem utiles emptori, sic (ut responsum est) vel ipsi creditori postulanti dandas actiones.

De doorluchtige keizers Diocletianus en Maximianus aan Manasea. Nadat het ertoe is gekomen dat ook schuldbekentenissen van schuldenaren als pand werden gegeven, is het als een normale regel beschouwd net als na de verkoop van een vordering aan de koper, zo ook – conform hetgeen als advies gegeven is – aan de schuldeiser, wanneer hij dit verlangt, aangepaste acties te verlenen.²⁷⁵

²⁷⁴ De ‘cessionaris’ kon de vordering innen in de plaats van de ‘cedent’ vanaf het moment dat mededeling was gedaan van de ‘cessie’ aan de schuldenaar van de betreffende vordering. Zie over de mededeling hoofdstuk 8.

²⁷⁵ Mijn vertaling wijkt af van de vertaling van Spruit c.s., die als volgt luidt: ‘Nadat het ertoe is gekomen dat ook schuldbekentenissen van schuldenaren als pand werden gegeven, is het als een normale regel beschouwd na de verkoop van een vordering aan de koper – conform hetgeen als advies gegeven is – of aan de schuldeiser wanneer hij dit verlangt aangepaste acties te verlenen.’ Zie voor kritiek op de vertaling van Spruit c.s. Brandsma 2013-1, p. 236. Lioni vertaalde de constitutie als volgt (zie Lioni 1885, p. 59): ‘Nadat men er ook toe gekomen is, schuldbekentenissen als objecten van verpanding te beschouwen, heeft men het als in den aard der zaak liggend geacht, dat den pandcrediteur van zulk eene inschuld eene *actio utilis* toekomt, juist op dezelfde wijze als die gegeven wordt aan den koper eener inschuld – zooals ook uit de *responsa* blijkt.’

Over de tekst van deze constitutie is in het verleden veel te doen geweest. Krüger toonde in de jaren '80 van de negentiende eeuw aan dat de constitutie anders luidde dan tot dan toe gedacht.²⁷⁶ De oude lezing van de constitutie kwam erop neer dat als de pandhouder de verpande vordering verkocht, de koper een *actio utilis* kreeg, net zoals de pandhouder.²⁷⁷ Het rescript had echter geen betrekking op de verkoop van een verpande vordering door de pandhouder.

Diocletianus en Maximianus spraken over de verpanding van '*cautiones debitorum*'. Een '*cautio*' was niets anders dan een schuldbekentenis.²⁷⁸ Het was een akte die kon helpen het bestaan van de schuld te bewijzen. Tegenbewijs bleef mogelijk.²⁷⁹ Een '*cautio*' moet vooral niet worden verward met onze order- en toonderpapieren.²⁸⁰ Het document belichaamde niet de vordering, maar was enkel een bewijsmiddel voor het bestaan van de betreffende vordering. Diocletianus en Maximianus bedoelden met het verpanden van schuldbekentenissen dan ook niets anders dan het verpanden van vorderingen. De schuldbekentenis op zich vertegenwoordigde geen enkele waarde. Het ging om de vordering waarvan het bestaan kon worden bewezen met behulp van de schuldbekentenis. Verpanding van een schuldbekentenis kwam neer op verpanding van een vordering.²⁸¹

Diocletianus en Maximianus schreven aan Manasea dat zowel de pandhouder, als de koper van een vordering een beroep op een *actio utilis* toekwam. Zoals reeds blijkt uit het rescript, was dit gegeven niets nieuws in de

²⁷⁶ Zie Krüger 1874, p. 115. Zie over Krüger's ontdekking, bijvoorbeeld, Brandsma 2013-1, p. 234 en verder. Zie ook Lioni 1885, p. 59 en p. 150.

²⁷⁷ Zie Lioni 1885, p. 59.

²⁷⁸ Op verschillende plaatsen in het *Corpus Iuris Civilis* is het begrip '*cautio*' in de betekenis van schuldbekentenis te vinden, zo bijvoorbeeld in een tekst van Africanus (D. 32,64) waarin de '*cautiones debitorum*' opgeborgen in een kist werden gevonden na het overlijden van een *paterfamilias*. Een ander voorbeeld is een fragment van Paulus, ons bekend als D. 12,1,40: '*Lecta est in auditorio Aemilii Papiniani praefecti praetorio iuris consulti cautio huiusmodi: "Lucius Titius scripsi me accepisse a Publio Maevio quindecim mutua numerata mihi de domo et haec quindecim proba recte dari kalendis futuris stipulatus est Publius Maevius, spopondi ego Lucius Titius."*' Vertaling: 'In het gerecht van Aemilius Papinianus, praetorisch prefect en rechtsgeleerde, is de volgende '*cautio*' voorgelezen: "Ik, Lucius Titius, heb schriftelijk vastgelegd dat ik van Publius Maevius 15.000 sestertieën, uit diens eigen middelen aan mij uitbetaald, als geldlening heb ontvangen en Publius Maevius heeft bij stipulatie bedongen dat deze 15.000 in goed geld en naar behoren op de eerste van de volgende maand gegeven worden; ik, Lucius Titius, heb dat beloofd.'" Zie over de *cautio* in het Romeinse recht eveneens § 6.1.

²⁷⁹ Zie voor wat betreft een schuldbekentenis betreffende een vordering op grond van een stipulatie: Kunkel/Honsell 1987, p. 107 (§ 47).

²⁸⁰ Zie Kaser 1969, p. 175, nt. 13 (= Kaser 1970, p. 401, nt. 13): '*Andererseits galt freilich die Forderung zu keiner Zeit als so vollkommen in der Urkunde verbrieft wie in einem modernen Wertpapier.*'

²⁸¹ Zie § 6.1.

tijd van Diocletianus en Maximianus.²⁸² Diocletianus en Maximianus deelden ons niet mee of en zo ja, in hoeverre de *actio utilis* van de koper van een vordering overeenkwam met de *actio utilis* van de pandhouder.

Verscheidende Pandektisten betoogden in de negentiende eeuw dat de verpanding van een vordering leidde tot een soort cessie. Zo meende Mühlenbruch dat sprake was van een voorwaardelijke cessie:

*‘Fremde Forderungsrechte aber kann man ohne Zustimmung des Schuldners nur ex mandato actionum und was diesem rechtlich gleichsteht (also in Folge eines Cessionsverhältnisses) geltend machen, und daß unter der utilis actio, welche dem Pfandinhaber eines nomen zugestanden wird, nur die Klage aus einer gesetzlich fingierten Cession gemeint sein kann, wird durch den ganzen Zusammenhang der dies Verhältnis betreffenden Stellen (...), so sehr außer Zweifel gesetzt, daß man in der That kaum begreift, wie eine andere Ansicht hat entstehen können.’*²⁸³

De cessie was volgens Mühlenbruch een voorwaardelijke, vanwege het zekerheidskarakter van het pandrecht. Het pandrecht diende enkel ter verzekering van een vordering en daaruit volgden belangrijke verschillen tussen het recht van een ‘cessionaris’ en het recht van een pandhouder.²⁸⁴ Mühlenbruch wees er bijvoorbeeld op dat het recht van de pandhouder slechts zo lang duurde als de vordering bestond ter verzekering waarvan het was gevestigd en dat het geïnde alleen aan de pandhouder toekwam voor zover hij het nodig had als zekerheid.²⁸⁵ Het tenietgaan van het pandrecht hernieuwde het recht van de pandgever volgens Mühlenbruch. Bij betaling van de verzekerde vordering, zo schreef hij, hernieuwde zich het recht van de verpander vanzelf weer.²⁸⁶

Enkele decennia later verkondigde ook Dernburg de theorie dat de verpanding van een vordering leidde tot een soort cessie:

‘Von einem dinglichen Recht des Pfandgläubigers an der verpfändeten Forderung kann die Rede nicht sein. Hat doch der Verpfänder selbst ein dingliches Recht nicht, wie sollte er dem Pfandgläubiger ein solches verleihen? Die Verpfändung war nur in der Art möglich, daß man dem Pfandnehmer die Geltendmachung und

²⁸² Zie over de oorsprong van het *pignus nominis* hierna § 5. Ver voor Diocletianus en Maximianus leverde de verpanding van een vordering een *actio utilis* op, gelet op Marcianus’ verwijzing naar Pomponius (zie D. 20,1,13,2, zie p. 142). Pomponius leefde in de tweede eeuw en was een tijdgenoot van Gaius, zie p. 38. Uit C. 8,16(17),4, een rescript van Alexander Severus uit het jaar 225 (zie p. 7) blijkt eveneens dat de verpanding van een vordering reeds lang was geaccepteerd. Diocletianus werd keizer in 284, Maximianus in 286. De heren regeerden gezamenlijk tot 305.

²⁸³ Zie Mühlenbruch 1836, p. 522-523. Zie hierover bijvoorbeeld Lioni 1885, p. 71 en verder.

²⁸⁴ Zie Mühlenbruch 1836, p. 524.

²⁸⁵ Zie Mühlenbruch 1836, p. 524-525.

²⁸⁶ Zie Mühlenbruch 1836, p. 526: ‘(...) erneuert sich das Recht des Verpfänders (...) von selbst wieder.’

*Ausübung der Forderung übertrug, dem Verpfänder aber die freie Disposition entzog, alles dies jedoch nur in dem Maße, als es den Zwecken pfandrechtlicher Sicherung und Befriedigung entspricht. Die Forderungsverpfändung läßt sich daher ihrer juristischen Form nach beschreiben als eine eigene Species der Cession der Forderung, bei welcher die Befugnisse des Cessionars den Zwecken des Pfandrechts gemäß beschränkt sind, so daß sie mit der Tilgung der versicherten Forderung erlöschen.*²⁸⁷

Naar mijn mening was verpanding van een vordering in het Romeinse recht niet hetzelfde als ‘cessie’. Weliswaar kreeg de pandhouder, net als de ‘cessionaris’ een *actio utilis*, maar dit kan niet dezelfde actie zijn geweest, alleen al niet omdat hetgeen bewezen moest worden, verschilde. In geval van verpanding van een vordering moest de pandhouder in ieder geval de verpanding bewijzen en de vordering ter verzekering waarvan de verpanding had plaatsgevonden.²⁸⁸ In geval van ‘cessie’ maakten deze punten uiteraard geen deel uit van de *formula*.

Ten tweede was de bedoeling van partijen niet gericht op een ‘cessie’ in geval van de verpanding van een vordering. Windscheid, die zich keerde tegen de theorie dat de verpanding van een vordering leidde tot een soort cessie, schreef:

*‘Denn die Cession ist darauf gerichtet, das Forderungsrecht von dem bisherigen Gläubiger abzulösen und auf einen neuen Gläubiger zu übertragen, während durch die Forderungsverpfändung in das Forderungsrecht ein anderer Berechtigter mit einer durch den Zweck des Pfandrecht bestimmten Rechtstellung aufgenommen wird.*²⁸⁹

Hellwig probeerde aan dit bezwaar te ontkomen door te stellen dat de verpanding van een vordering leidde tot een coöpterende cessie, dat wil zeggen dat naast de pandgever de pandhouder als schuldeiser kwam te staan.²⁹⁰ Hellwig schreef dat:

*‘Die Verpfändung einer Forderung dem Gläubiger ein Recht gleicher Art und gleichen Inhalts schafft, wie es der Verpfänder bisher hatte und auch behält. Der Drittschuldner bekommt statt des einen Gläubigers deren mehrere, welche solidarisch berechtigt sind. Diese Solidarobligation unterscheidet sich von den uns sonst aus den Quellen bekannten nur dadurch, dass der Pfandgläubiger (...) einesteils ein nur auf eine gewisse Dauer berechnetes, andererseits ein durch sein Bestehen die Realisierung des Mitgläubigerrecht beschränkendes Recht hat.*²⁹¹

²⁸⁷ Zie Dernburg 1860, p. 461-462.

²⁸⁸ Zie hierover § 9.5.

²⁸⁹ Zie Windscheid/Kipp 1900 (vol. 1), p. 1089, nt. 10 (§ 239).

²⁹⁰ Zie Hellwig 1883, p. 56. Hellwig concludeerde dat ‘hier zwar auch cedirt wird, aber die Rechtsübertragung wirkt nicht das Erlöschen der Berechtigung des Gläubigers, sondern coöptierend. Nachdem diese Coöption einmal erfolgt ist, hat der Successor eine völlig selbstständige, von dem Auctor nicht mehr zu beeinflussende Rechtsstellung.’ Zie over Hellwig’s theorie uitgebreid Lioni 1885, p. 82 en verder.

²⁹¹ Zie Hellwig 1883, p. 53.

Van actieve hoofdelijkheid bleef in de theorie van Hellwig echter weinig over, omdat op het ene moment uitsluitend de pandgever bevoegd was de vordering te innen en op het andere moment uitsluitend de pandhouder.²⁹²

Ten derde verschilden de rechtsgevolgen al naar gelang sprake was van ‘cessie’ of van verpanding van een vordering. Een pandhouder had niet dezelfde bevoegdheden als een ‘cessionaris’, zoals de koper van een vordering. Zo mocht de pandhouder de hem verpande vordering slechts onder bepaalde voorwaarden innen. Bovendien mocht hij niet de gehele vordering innen, indien de pandgever hem minder verschuldigd was dan de schuldeiser van de vordering moest betalen aan de pandgever. Indien het geïnde een lichamelijke zaak was, dan hield de pandhouder deze enkel in de plaats van het pand. Hij werd geen eigenaar van de zaak.²⁹³

Het uitgaan van een cessie in geval van de verpanding van een vordering leverde de Pandektisten dan ook allerlei problemen op. Zo moesten de Pandektisten, die uitgingen van een cessie in geval van verpanding van een vordering bedenken hoe de cessie ongedaan werd gemaakt zodra het pandrecht tenietging. Mühlenbruch gaf aan dat de vordering van de pandgever op dat moment herleefde, terwijl Dernburg de cessie in die zin voorwaardelijk maakte dat deze van rechtswege eindigde, indien het pandrecht tenietging. Ook moesten de Pandektisten die propageerden dat de verpanding van een vordering resulteerde in een cessie uitleggen hoe het kon dat de pandgever de vordering meermaals kon verpanden en bovendien kon verkopen na verpanding. Exner loste dergelijke problemen op door met betrekking tot de pandgever te stellen dat

*‘ein gewisser Rest aus dem Forderungsrechte bei ihm zurückbleibt.’*²⁹⁴

Lioni bestreed deze wonderlijke constructie:

*‘Maar reeds dadelijk springt het in het oog, dat het object der tweede of verdere verpanding niet die rest is (zoo zij al bestaat, wat wij boven ontkend hebben), maar juist datgene, wat de eerste pandcrediteur reeds ontvangen had.’*²⁹⁵

Kortom, verpanding van een vordering was niet hetzelfde als ‘cessie’ van een vordering. Niet alleen verschilde de *actio utilis*, die toekwam aan de pandhouder wat betreft hetgeen bewezen moest worden van de *actio utilis*, die toekwam aan

²⁹² Lioni zag in de gesplitste solidariteit van Hellwig dan ook een *contradictio in terminis*, zie Lioni 1885, p. 96. Lioni stelde zelfs (Lioni 1885, p. 98): ‘Coöptie en cessie zijn uitdrukkingen voor begrippen, die in den onverzoenlijksten strijd met elkander zijn.’

²⁹³ Zie hierover § 10.2.

²⁹⁴ Zie Exner 1873, p. 152.

²⁹⁵ Zie Lioni 1885, p. 81.

de 'cessionaris'. Verpanding van een vordering verschilde eveneens qua rechtsgevolgen van 'cessie'. Bovendien was de bedoeling van partijen niet gericht op een 'cessie' in geval van de verpanding van een vordering. Het feit dat Diocletianus en Maximianus in het rescript, ons bekend als C. 4,39,7, beide *actiones utiles* noemden, betekent dan ook niet dat de acties hetzelfde waren. Diocletianus en Maximianus brachten, zo lijkt mij, beide acties met elkaar in verband, omdat beide acties ertoe leidden dat een ander dan de eigenlijke schuldeiser de vordering inde. De pandhouder kreeg een *actio utilis* om de hem verpande vordering te innen, net zoals de koper van een vordering een *actio utilis* kreeg om de gekochte vordering te innen.

Hoofdstuk 4

De plaats van het pandrecht in het Romeinse stelsel van zekerheden

Totdat de praetor de pandhouder van een vordering de *actio utilis* gaf, waren vorderingen uitgesloten als zekerheidsobject. Verpanding van een vordering was wellicht mogelijk, maar zinloos, omdat de pandhouder geen rechtsmiddel had. Deze constatering kan ik enkel uitleggen door in het kort het stelsel van zekerheden te schetsen zoals het Romeinse recht dat kende. De bronnen laten zien dat Romeinen op verschillende manieren hun schuldeiser zekerheid konden verschaffen.

4.1 Borgtocht

Bijzonder populair was de rechtsfiguur die wij vandaag de dag aanduiden als borgtocht. Op verschillende manieren kon in het Romeinse recht iemand instaan voor de schuld van een ander, dat wil zeggen een schuld, die door een ander moest worden gedragen.²⁹⁶ Een bespreking van alle wijzen waarop iemand kon worden aangesproken tot de betaling van de schuld van een ander gaat het bestek van dit boek te buiten. Borgstelling vond, bijvoorbeeld, plaats doordat een derde, de borg, zich verbond tot hetzelfde als de schuldenaar in de vorm van een *stipulatio*.²⁹⁷ De

²⁹⁶ Zie Koops 2010, p. 6. Koops definieerde borgtocht als volgt: 'iedere persoonlijke aansprakelijkstelling voor een schuld waarvoor men niet (geheel) draagplichtig is.'

²⁹⁷ Zie Gaius' *Instituten* 3,116 en zie Pomponius, in een fragment ons overgeleverd als D. 45,1,5,2. Zie in het algemeen over de stipulatie hiervoor p. 45. Een *stipulatio* was een mondelinge overeenkomst die tot stand kwam door vraag en antwoord. Verschillende van de voorbeelden, die Gaius gaf (zie Gaius' *Instituten* 3,92) betroffen borgstelling: '*Verbis obligatio fit ex interrogatione et responsione, velut DARI SPONDES? SPONDEO; DABIS? DABO; PROMITTIS? PROMITTO; FIDEPROMITTIS? FIDEPROMITTO; FIDEIUBES? FIDEIUBEO; FACIES? FACIAM.*' Vertaling: 'Een verbintenis als gevolg van vormelijke woorden komt tot stand door vraag en antwoord. Bijvoorbeeld: VERPLICHT GIJ U DAT GEGEVEN WORDT? IK VERPLICHT MIJ – ZULT GIJ GEVEN? IK ZAL GEVEN – BELOOFT GIJ? DAT BELOOF IK – GARANDEERT GIJ

borg werd naast de draagplichtige schuldenaar zelf schuldenaar en was voor de hele schuld aansprakelijk, aangezien hij hetzelfde had beloofd als degene voor wie hij borg stond.²⁹⁸ Het klassieke Romeinse recht kende drie vormen van borgstelling door middel van een *stipulatio*: de *sponsio*, de *fidepromissio* en de *fideiussio*.²⁹⁹ De *sponsio* was het oudst.³⁰⁰ De *fideiussio* kwam het laatst tot ontwikkeling, maar had bepaalde voordelen waardoor deze de *sponsio* en de *fidepromissio* verving in de loop van de tijd.³⁰¹ Zo was borgstelling door middel van *sponsio* en *fidepromissio* enkel mogelijk ter verzekering van een stipulatie. Een dergelijke beperking kende de *fideiussio* niet.³⁰²

Borgtocht was een vorm van persoonlijke zekerheid, omdat de schuldeiser enkel betaling kon vorderen van de schuldenaar of de borg. Anders gezegd: indien noch de hoofdschuldenaar, noch de borg de schuld kon voldoen, stond de schuldeiser alsnog met lege handen. De schuldeiser had geen zekerheidsrecht op een zaak, die hij kon opeisen van elke willekeurige persoon.

Borgtocht werd veel gebruikt in het Romeinse recht. De populariteit was bijvoorbeeld te zien in het Romeinse procesrecht. Indien het in rechte nodig was zekerheid te stellen dan moest de partij, die het betrof, eerst in de vorm van een stipulatie beloven een veroordelend vonnis uit te voeren en daarna moest een ander zich borg stellen voor deze belofte.³⁰³ Slechts in uitzonderingsgevallen hoefde een dergelijke praetorische stipulatie niet te worden versterkt door

ALS BORG? IK GARANDEER ALS BORG – STAAT GIJ BORG? IK STA BORG – ZULT GIJ HET DOEN? IK ZAL HET DOEN.'

²⁹⁸ Zie in de literatuur over borgtocht bijvoorbeeld Zimmermann 1996, p. 114 en verder.

²⁹⁹ Gaius lichtte alle drie toe, zie Gaius' *Instituten* 3,115 en verder.

³⁰⁰ Zie Zimmermann 1996, p. 117 over de *sponsio*.

³⁰¹ Zie Zimmermann 1996, p. 120 over de *fidepromissio* en de overgang naar de *fideiussio*. In het Justiniaanse recht resteerde enkel de *fideiussio*, zie ook Koops 2010, p. 12.

³⁰² Zie Gaius' *Instituten* 3,119a. Zie Koops 2010, p. 12. Koops noemde daarnaast als voordelen, die de *fideiussio* had boven de *sponsio* en de *fidepromissio* dat de aansprakelijkheid uit *fideiussio* overerfbaar was in tegenstelling tot de aansprakelijkheid uit de *sponsio* of uit de *fidepromissio*. Ook wees Koops op de *Lex Furia*, die de aansprakelijkheid voor de *sponsor* en de *fidepromissor* aan banden legde. Gaius schreef (Gaius' *Instituten* 3,121): 'Item sponsor et fidepromissor lege Furia biennio liberantur, et quotquot erunt numero eo tempore quo pecunia peti potest, in tot partes diducetur inter eos obligatio et singuli ad viriles partes vocabuntur. Fideiussores vero perpetuo tenentur, et quotquot erunt numero, singuli in solidum obligantur. itaque liberum est creditori, a quo velit, solidum petere.' Vertaling: 'Verder worden een *sponsor* en een *fidepromissor* krachens de *Lex Furia* na twee jaar bevrijd. Op het ogenblik dat het geld gevorderd kan worden, moet de verbintenis in evenveel delen verdeeld worden als hun aantal bedraagt en ieder van hen individueel voor een evenredig deel geroepen worden. Borgen daarentegen blijven voortdurend aansprakelijk, en hoe groot hun aantal ook is, ieder is individueel voor het geheel verbonden. De schuldeiser heeft daarom de vrijheid om het geheel te vorderen van wie hij wil.' Spruit en Bongenaar vertaalden *sponsor* met medeverplichte en *fidepromissor* met garant.

³⁰³ Deze zekerheidsstelling heette '*satisfactio*'. Zie Kaser/Hackl 1996, p. 429-430 (§ 65) en in datzelfde boek p. 279 (§ 39).

borgstelling.³⁰⁴ Verpanding van een goed voldeed niet als het ging om zekerheidsstelling bij de praetor.³⁰⁵

Borgtocht was populair om verschillende redenen. Zo wees Kaser op de rol, die vriendschap en wederzijdse bijstand speelden in de Romeinse samenleving:

‘Die Vorliebe für die Bürgschaft beruht auf den streng beurteilten Freundschafts- und Treupflichten, die die römische Gesellschaftsordnung beherrschen und die auch den gegenseitigen Beistand bei der Kreditbeschaffung einschließen.’³⁰⁶

Ook droeg bij aan de populariteit van borgtocht de wijze waarop in het Romeinse recht vonnissen werden geëxecuteerd als een borg werd aangesproken en vervolgens niet aan zijn verplichtingen voldeed. De executie had zo’n afschrikwekkende werking dat een borg het niet zo ver zou willen laten komen. Zoals ik uitlegde, mocht in het oudste Romeinse recht degene in wiens voordeel vonnis was gewezen de veroordeelde verkopen als slaaf, indien hij niet voldeed aan een veroordelend vonnis dat volgde op een procedure die was aangevangen met een persoonlijke actie, een *actio in personam*, zoals de actie uit de stipulatie.³⁰⁷ De eiser mocht hiertoe overgaan, indien hij opnieuw een actie had ingesteld, de *legis actio per manus injectionem*.³⁰⁸ In het klassieke Romeinse recht verving de praetor deze actie door de *actio iudicati*, die de veroordeelde verlies van zijn persoonlijkheid spaarde, maar die wel leidde tot de verkoop van zijn gehele vermogen, ook al stond dit niet in verhouding tot hetgeen waartoe hij was veroordeeld. Voor een borg was de executie een zodanig afschrikwekkend

³⁰⁴ Zie Kaser/Hackl 1996, p. 430 (§ 65).

³⁰⁵ Zie bijvoorbeeld D. 46,5,7. Ulpianus schreef: *‘Praetoriae satisfactiones personas desiderant pro se intervenientium et neque pignoribus quis neque pecuniae vel auri vel argenti depositione in vicem satisfactionis fungitur.’* Vertaling: ‘Voor zekerheidsstelling volgens praetorisch recht zijn personen vereist die voor zichzelf opkomen, en niemand kan met [het geven van] panden of met het in consignatie geven van goud of zilver in plaats van zekerheidsstelling volstaan.’ Zie Kaser/Hackl 1996, p. 430 (§ 65).

³⁰⁶ Zie Kaser 1971 (RP I), p. 660 (§ 155). Zo ook Zimmermann 1996, p. 115 en Jolowicz/Nicholas 2008 (onveranderde herdruk 1972), p. 299 die spreken over een ‘social duty’. De hogere klassen van de maatschappij hechtten met name een grote waarde aan de borgstelling: *‘In jener gehobenen Gesellschaftsschicht, der die Responsen der Juristen in erster Linie galten, zählte das Wort eines angesehenen Bürgers mehr als der Einsatz eines Pfandes. Manche halten das pignus überhaupt für ein Geschäft der kleinen Leute.’* Zie Kunkel/Mayer-Maly 1987, p. 195, (§ 78).

³⁰⁷ Zie hiervoor p. 21 en verder. Zie over het onderscheid tussen persoonlijke en zakelijke acties § 3.2. Zie verder Kaser/Hackl 1996, p. 131 (§ 20) en zie Jolowicz/Nicholas 2008 (onveranderde herdruk 1972), p. 188.

³⁰⁸ Zie over de executie, die volgde indien niet werd voldaan aan een veroordelend vonnis volgend uit een procedure, die was aangevangen met het instellen van een persoonlijke actie hiervoor p. 21 en verder. Zie Kaser 1971 (RP I), p. 660-661 (§ 155) en Zimmermann 1996, p. 115.

voorzicht dat hij op alle mogelijke manieren zal hebben geprobeerd de schuld te voldoen om hieraan te ontkomen.³⁰⁹

Borgtocht was niet hetzelfde als de verpanding van een vordering, ook al was in beide gevallen sprake van een driepartijenverhouding. De positie van de schuldenaar van de verpande vordering verschilde fundamenteel van die van een borg. Een borg stelde zich vrijwillig aansprakelijk voor de schuld van een ander. De schuldenaar van de verpande vordering had zich geenszins vrijwillig aansprakelijk gesteld voor de schuld, die een ander moest dragen. De pandhouder kon de schuldenaar van de verpande vordering niet aanspreken om de schuld, die de pandgever aan hem had, te voldoen. De pandhouder kon de schuldenaar enkel aanspreken om de schuld, die de schuldenaar zelf had aan de pandgever, aan hem te betalen. De pandhouder kon zich vervolgens op de opbrengst verhalen.

Een ander verschil tussen borgtocht en de verpanding van een vordering uitte zich na het sluiten van de procesovereenkomst. De consumerende werking van de procesovereenkomst bracht mee dat de schuldeiser, die ofwel zijn schuldenaar, ofwel de borg had aangesproken, niet nadien een procedure kon beginnen tegen degene, die hij in eerste instantie niet had aangesproken.³¹⁰ De keuze voor de één, sloot een actie tegen de ander uit. In geval van de verpanding van een vordering was geen sprake van een dergelijke uitsluiting. Stel bijvoorbeeld dat de pandhouder zijn schuldenaar, de pandgever, in rechte tot betaling aansprak, dat een procesovereenkomst tot stand kwam en dat de rechter vervolgens in het voordeel van de pandhouder vonnis had gewezen. Indien daarna de schuldenaar met de noorderzon was vertrokken, was de tenuitvoerlegging van het vonnis onmogelijk. In dat geval kon de pandhouder alsnog een actie instellen tegen de schuldenaar van de verpande vordering. De grondslag van die actie was namelijk een andere, dan de grondslag van de actie, die hij met succes had ingesteld tegen zijn schuldenaar, die tevens pandgever was. De grondslag van de actie tegen zijn schuldenaar, de pandgever, was de vordering, die hij had tegen zijn schuldenaar. De grondslag van de *actio utilis* tegen de schuldenaar van de verpande vordering was een andere, namelijk de vordering, die de pandgever had op de schuldenaar van de verpande vordering tezamen met de verpanding van die vordering aan hem. Anders gezegd: in geval van borgtocht was sprake van passieve hoofdelijkheid. Voor dezelfde schuld waren meerdere personen aansprakelijk. In geval van de

³⁰⁹ Zie Kaser 1971 (RP I), p. 661 (§ 155) en Zimmermann 1996, p. 115. Zimmermann schrijft: *'The harshness of personal execution made whoever was personally liable try to discharge his obligation almost at all cost.'*

³¹⁰ Zie over de consumerende werking van de procesovereenkomst in het algemeen hiervoor p. 27. Zie over de gevolgen hiervan in geval van borgtocht C. 8,40(41),28. Uit deze constitutie blijkt dat vóórdat Justinianus deze constitutie uitvaardigde de keuze voor de één, de ander bevrijdde. Justinianus schafte in deze constitutie de consumptie af. Zie hierover Koops 2010, p. 16 en verder.

verpanding van een vordering was geen sprake van passieve hoofdelijkheid. De schuld van de pandgever aan de pandhouder was niet dezelfde als de schuld, die de schuldenaar van de verpande vordering had aan de pandgever.

Als de gesecureerde vordering teniet was gegaan door het sluiten van een *litis contestatio* en de schuldenaar van die vordering veroordeeld was tot betaling, maar vervolgens met de noorderzon was vertrokken, dan stond het accessoire karakter van het pandrecht inning niet in de weg. Accessoriëteit hield namelijk niet steeds in dat het pandrecht tenietging als de gesecureerde vordering tenietging.³¹¹ De wijze waarop de gesecureerde vordering teniet was gegaan, bepaalde of het pandrecht bleef voortbestaan of niet. Als de vordering teniet was gegaan door betaling, dan ging met de vordering het pandrecht teniet. Indien de vordering niet was voldaan, er eveneens geen genoegdoening was gegeven en de schuldeiser niet in schuldeisersverzuim verkeerde, dan behield de pandhouder echter zijn pandrecht, zo vloeide voort uit de *formula* van de *actio Serviana*.³¹² De consumerende werking van de procesovereenkomst tastte het pandrecht niet aan. Koops schreef dan ook dat de acties in een verhouding stonden van *Solutionskonkurrenz*, dat wil zeggen dat de schuldeiser kon kiezen welke actie hij in wilde stellen totdat hij voldoening had gekregen.³¹³ Daarentegen stonden de acties in geval van borgtocht in *Konsumptionskonkurrenz* met elkaar, dat wil zeggen dat de schuldeiser moest kiezen of hij zijn schuldenaar aansprak, of de borg.³¹⁴ De consumerende werking van de procesovereenkomst sloot na een actie tegen de één, een actie tegen de ander uit.

Borgtocht was niet de enige manier waarop een Romein zijn schuldenaar zekerheid kon verschaffen. Pomponius constateerde zelfs:

D. 50,17,25

Pomponius, libro undecimo ad Sabinum. Plus cautionis in re est quam in persona **Pomponius, Op Sabinus XI.** Men heeft meer aan een zakelijke, dan aan een persoonlijke zekerheid.

In plaats van een derde als borg te vragen, kon een Romein ervoor kiezen een aan hem toebehorende zaak te gebruiken om zijn schuldeiser zekerheid te verschaffen.

³¹¹ Zie over de accessoriëteit in tenietgaan Out 2005, p. 159 en verder.

³¹² Zie voor de *formula* van de *Serviana* p. 33.

³¹³ Zie Koops 2010, p. 40.

³¹⁴ Zie Koops 2010, p. 14.

4.2 *Fiducia cum creditore*

Een schuldenaar kon zijn schuldeiser zakelijke zekerheid verschaffen door hem de eigendom van een zaak over te dragen ten titel van zekerheid door middel van *mancipatio* of *in iure cessio*. *Mancipatio* was de voorgeschreven wijze van eigendomsoverdracht voor *res Mancipi*, zoals ik hiervoor uitlegde.³¹⁵ *In iure cessio* was een schijnproces dat zich afspeelde voor de magistraat.³¹⁶ Wie de zaak wilde verkrijgen, beweerde dat de zaak van hem was en degene die de zaak vervreemde, sprak deze bewering niet tegen. De magistraat wees de zaak dientengevolge toe aan hem, die de zaak wilde verkrijgen. Een aantal onlichamelijke zaken kon door middel van *in iure cessio* worden gevestigd of overgedragen, zoals een recht van vruchtgebruik.³¹⁷ Voor deze wijzen van overdracht was bezitsverschaffing geen vereiste, hetgeen de schuldenaar in staat stelde op grond van een huur- of bruikleenovereenkomst zijn zaak te blijven gebruiken.

De overdracht ging gepaard met het sluiten van het *pactum fiduciae*, een beding dat de schuldeiser verplichtte de eigendom van de zaak na voldoening van de schuld terug over te dragen aan de voormalige schuldenaar.³¹⁸ Indien nodig, kon de voormalig schuldenaar in rechte nakoming vorderen van dit beding door middel van een persoonlijke actie, de *actio fiduciae*.³¹⁹ Naast een

³¹⁵ Zie p. 47. *Mancipatio* was een wijze van overdracht die voorgeschreven was voor de zaken die van groot belang waren voor de Romein, die leefde in het agrarische Rome, zoals de grond en huizen in Italië, slaven en trek- of lastdieren. De *mancipatio* was een wijze van overdracht waarbij veel formaliteiten golden. Zo kwam er bijvoorbeeld een weegschaal, brons en getuigen aan te pas. De *mancipatio* was in wezen een soort schijnproces, dat werd opgetuigd om het mogelijk te maken bepaalde zaken over te dragen. Zie Manthe 2016, p. 22 en Wolf 1998, p. 501 en verder (= Wolf 2015, p. 115 en verder).

³¹⁶ Zie over *in iure cessio* Lokin/Brandsma 2016, p. 122 (G24). Zie over de *mancipatio* en de *in iure cessio* en de zaken die voor deze wijzen van eigendomsoverdracht geschikt waren, bijvoorbeeld Kaser (RP I), p. 131 en verder (§ 33).

³¹⁷ Zo schreef Ulpianus (Ulpianus' *Epitome* 19,11): '*In iure cedi res etiam incorporales possunt, velut ususfructus et hereditas et tutela legitima libertae.*' Vertaling: 'Ten overstaan van de magistraat kunnen ook onlichamelijke zaken, zoals een recht van vruchtgebruik of erfopvolging of de wettelijke voogdij over een vrijgelaten vrouw overgedragen worden.' *In iure cessio* kon niet worden gebruikt om elk gewenst recht over te dragen, zie Becker 1999, p. 44-45.

³¹⁸ Zie Kaser/Knütel & Lohsse 2017, p. 181 (§ 31, nr. 7).

³¹⁹ De *actio fiduciae* was bovendien een actie, die werd beheerst door de goede trouw, zie Noordraven 1988, p. 11 en zie Kaser/Knütel & Lohsse 2017, p. 182 (§ 31, nr. 12): '*Im klassischen Recht wird sie zu den bonae fidei iudicia und mit diesen zum ius civile gerechnet. Aus der fides ist der Gläubiger verpflichtet, mit dem ihm übertragenen Eigentum als bloßer Treuhänder zu verfahren, also die Sache (wenn er den Besitz hat) vor Schaden zu bewahren und sie keinesfalls weiterzuveräußern oder zu belasten. Ist die Schuld getilgt (oder statt der fiducia anderweitige Sicherheit bestellt worden oder ist der Sicherungsnehmer in Annahmeverzug geraten), so kann mit dieser Klage die Rückübereignung*

zakenrechtelijke component – de eigendomsoverdracht – bevatte deze constructie dientengevolge een verbintenisrechtelijke component.³²⁰ De verbintenisrechtelijke component beïnvloedde de positie van de schuldeiser in die mate dat, hoewel hij formeel eigenaar van de zaak was, hij er niet onbeperkt mee kon doen en laten wat hij wilde. Indien hij het *pactum fiduciae* schond, dreigde hem namelijk aansprakelijkheid op grond van de *actio fiduciae*. Indien de schuld niet werd voldaan, was de schuldeiser verbintenisrechtelijk bevoegd tot hetgeen was overeengekomen. Goederenrechtelijk gezien was de schuldeiser eigenaar en in die hoedanigheid bevoegd naar believen over de zaak te beschikken, maar verbintenisrechtelijk gezien leidde een beschikking over de zaak die verder ging dan tussen partijen was afgesproken tot wanprestatie. In de oudere tijd was vaak afgesproken dat de eigendom van de zaak voorgoed bij de schuldeiser zou blijven, in de klassieke tijd dat de schuldeiser bevoegd was de zaak te verkopen om zich vervolgens uit de opbrengst te verhalen.³²¹

De eigendomsoverdracht ten titel van zekerheid werd naar de benaming van het *pactum fiduciae* ook wel aangeduid als fiduciaire eigendomsoverdracht of *fiducia cum creditore*, omdat de overdracht plaatsvond in het vertrouwen dat de schuldeiser de zaak terug over zou dragen.³²² Tot de *actio fiduciae* in het leven was geroepen stond de schuldenaar namelijk geen actie ter beschikking, indien de schuldeiser het vertrouwen schond.³²³ De *actio fiduciae* was bovendien enkel een persoonlijke actie, hetgeen betekende dat de schuldenaar een retro-overdracht enkel kon afdwingen van zijn schuldeiser. De zaak zelf kon hij niet opeisen, noch van de schuldeiser, noch van een ander.

De fiduciaire eigendomsoverdracht verdween rond het einde van de derde eeuw toen de *mancipatio* en *in iure cessio* in onbruik raakten.³²⁴

Een vordering kon niet ten titel van zekerheid worden overdragen. Een werkelijke overdracht van een vordering van het vermogen van de schuldeiser naar het vermogen van een ander was überhaupt onmogelijk.³²⁵

verlangt werden. Ist die Schuld nicht getilgt und die Sache verkauft worden, geht die Klage auf die Herausgabe des erwähnten Überschusses.'

³²⁰ Zie Noordraven 1988, p. 151 en verder.

³²¹ Zie Noordraven 1988, p. 5 en zie Kaser/Knütel & Lohsse 2017, p. 182 (§ 31, nr. 10).

³²² Zie Noordraven 1988, p. 1. De toevoeging *cum creditore* was van belang, omdat een fiduciaire eigendomsoverdracht niet enkel werd ingezet als middel tot verlening van zekerheid aan een schuldeiser. Zie voor de verschillende toepassingsgebieden van *fiducia* Noordraven 1988, p. 51 en verder.

³²³ Zie Noordraven 1988, p. 3. Noordraven schreef dat in de oudere tijd de *fiduciarius* nog niet door het recht, maar slechts door de *fides* gehouden was zijn verplichtingen na te komen. Zie over deze ontwikkeling Noordraven 1988, p. 349 en verder.

³²⁴ Zie Noordraven 1988, p. 12. Justinianus schafte uiteindelijk de *mancipatio* officieel af, zie C. 7,31,1,5. Zie Zwalm 2006-2, p. 472.

³²⁵ Zie Gaius' *Instituten* 2,38, een fragment dat ik heb besproken in § 3.5.

4.3 *Pignus en hypotheca*

Naast de fiduciaire eigendomsoverdracht hadden Romeinen in de klassieke tijd de mogelijkheid zekerheidsrechten te vestigen, die aan de schuldeiser niet de zaak in eigendom overdroegen. Het Romeinse recht kende twee beperkte zekerheidsrechten, het recht van pand, *pignus*, en het recht van hypotheek, *hypotheca*.³²⁶

Deze twee beperkte zekerheidsrechten bleven over als de enige vormen van zakelijke zekerheid toen met het in onbruik raken van de *mancipatio* en de *in iure cessio* de fiduciaire eigendomsoverdracht verdween.³²⁷ Pand en hypotheek hadden in vergelijking met de fiduciaire eigendomsoverdracht voor de schuldenaar voordelen. Zo was denkbaar dat na voldoening van de schuld bleek dat de schuldeiser de zaak had ontvreemd. Als eigenaar kon de voormalig schuldenaar tegen eenieder de revindicatie instellen om zijn eigendom terug te eisen. In geval van fiduciaire eigendomsoverdracht zou de voormalig schuldenaar daarentegen slechts de persoonlijke *actio fiduciae* tegen zijn voormalig schuldeiser hebben gehad. Vestiging van een pandrecht leidde in tegenstelling tot fiduciaire eigendomsoverdracht tot een ‘beperkt recht’, dat wil zeggen dat de pandhouder niet de eigendom van de hem verpande zaak verkreeg. Hij kreeg een *ius in re*, een recht op de zaak, indien hem een lichamelijke zaak was verpand.³²⁸

Voordat ik inga op het Romeinse pand- en hypotheekrecht merk ik op dat deze paragraaf niet specifiek ziet op het *pignus nominis*, maar op het pandrecht in het algemeen en meer in het bijzonder op de verpanding van lichamelijke zaken. Het *pignus nominis* komt in de volgende paragrafen aan bod. Hetgeen gold voor het pandrecht op lichamelijke zaken, gold namelijk niet per definitie voor het *pignus nominis*. Zo hadden alleen pandhouders die een lichamelijke zaak verpand of verhypothekeerd hadden gekregen, baat bij het instellen van de *actio Serviana*. De *actio Serviana* was de actie waarmee de pand- of hypotheekhouder het bezit van de verpande zaak opeiste. Zoals ik in paragraaf 3.4 uitlegde, was bezit van een vordering onmogelijk. De *actio utilis*, die de praetor gaf aan degene die een vordering verpand had gekregen, was nodig om ervoor te zorgen dat ook deze pandhouder een actie tot zijn beschikking kreeg.

Het feit dat degene die een vordering verpand had gekregen geen gebruik kon maken van de *actio Serviana* belette de juristen niet om te spreken van *pignus* als een vordering was verpand. De Romeinse juristen spraken van *pignus* telkens als er een zekerheidsrecht was gevestigd, dat de pandhouder het recht gaf zich met voorrang te verhalen op de hem verpande zaak, of die zaak nu lichamelijk was of

³²⁶ Zie over de verhouding tussen beide rechten hierna § 4.3.2.

³²⁷ Zie hiervoor noot 324.

³²⁸ Zie over de verhouding tussen eigendom en *ius in re* hierna § 5.1.

niet. Meer dan alleen lichamelijke zaken konden worden verpand. Al hetgeen verkoopbaar was, kon worden verpand.³²⁹

D. 20,1,9,1

Gaius, libro nono ad edictum provinciale. Quod emptionem venditionemque recipit, etiam pignorationem recipere potest.

Gaius, Het Provincie-edict IX. Hetgeen voorwerp van koop en verkoop kan zijn, kan ook voorwerp van verpanding zijn.

Dit uitgangspunt sloot aan bij de economische functie, die het pandrecht vervulde in de Romeinse samenleving. Het was een zekerheidsrecht, bedoeld ter verzekering van de schuld waaraan het pandrecht accessoir was. Alles wat waarde had in het economisch verkeer, oftewel alles wat verkocht kon worden, was een potentieel verhaalsobject en kon dientengevolge als pand dienen. Zo konden Romeinen naast lichamelijke zaken niet alleen vorderingen verpanden, maar ook bepaalde 'beperkte rechten' of zelfs een heel vermogen.³³⁰

Teneinde de plaats van het pand- en hypotheekrecht in het stelsel van zekerheden uit te leggen, bespreek ik hierna eerst de oorsprong van de beperkte zekerheidsrechten. Daarna leg ik uit hoe deze rechten konden worden gevestigd en op welke wijzen de zekerheidsgerechtigde zich kon verhalen op het verbonden goed.

4.3.1 De oorsprong van de 'beperkte zekerheidsrechten'

De oorsprong van de beperkte zekerheidsrechten lag in de voor de agrarische samenleving, die Rome was, zo belangrijke pachtverhoudingen.³³¹ Voor een pachter was het lastig om zijn landheer zekerheid te verschaffen voor de betaling van de pachtsom. Het land pachtte hij slechts en dat kon hij dientengevolge niet fiduciair in eigendom overdragen. Zijn werktuigen waren noodzakelijk voor het bewerken van het land en deze kon hij om die reden niet in de macht brengen van de verpachter. Voordat in het Romeinse recht sprake was van een afdwingbaar *pandrecht* pleegde een schuldenaar een lichamelijke zaak namelijk in de macht van zijn schuldeiser te brengen, die deze behield totdat de schuld was voldaan. De feitelijke macht die de schuldeiser over de zaak verkreeg, gaf hem zekerheid, hoewel van een *pandrecht* geen sprake was. Dernburg schreef:

³²⁹ Zie daarover Kaser 1971 (RP I), p. 465 (§ 110).

³³⁰ Zie over de verpanding van een heel vermogen Van Hoof 2015. Zie over de verpanding van beperkte rechten hierna paragraaf 5.2.

³³¹ Zie over deze ontwikkeling bijvoorbeeld Krämer 2007, p. 52 en verder.

*‘Es war dies ein Geschäft des gewöhnlichen Lebens, das auch ohne richterlichen Schutz eine gewisse Garantie in sich trug und sich regelmäßig ohne zu Verwicklungen zu führen den Intentionen der Partheien gemäß abspann. Der Schuldner zahlte seine Schuld nur, falls ihm gleichzeitig das pignus zurückerstattet wurde; der Gläubiger dagegen behielt den Besitz des pignus zurück, bis die Schuld gezahlt war, und schützte sich gegen Antastungen durch Selbsthülfe.’*³³²

De praetor kwam de pachter en zijn landheer tegemoet: indien zij waren overeengekomen dat de bezittingen van de pachter de landheer dienden als waarborg voor de pachtsom, dan werd deze afspraak met een interdict beschermd, het *interdictum Salvianum*.³³³ Door middel van dit interdict kon de landheer zich in het bezit stellen van de verbonden zaken, indien de pacht niet werd voldaan. Niet het hele vermogen van de pachter was aan de landheer verpand. Verpand was slechts hetgeen de pachter gebruikte ter exploitatie van het land, de zogenoemde *invecta et illata*, dat wil zeggen hetgeen was binnengedreven, zoals het vee en de slaven, en hetgeen was binnengedragen, bijvoorbeeld het landbouwgereedschap.³³⁴ Het interdict hielp de landheer niet, als de *invecta* en *illata* zich niet meer op de boerderij bevonden, omdat de pachter ze, bijvoorbeeld, had verkocht en geleverd aan een derde. Het interdict kon slechts worden ingeroepen tegen de pachter.³³⁵

Teneinde de goederen met succes van derden te kunnen vorderen, schiep de praetor de *actio Serviana*, een actie die de landheer tegen eenieder kon instellen

³³² Zie Dernburg 1860, p. 45. Dat de oorsprong van het pandrecht lag in het feitelijk overgeven van een zaak aan de schuldeiser is de heersende leer. Zie hierover bijvoorbeeld Krämer 2007, p. 10 en Wacke 1998-1, p. 181 en verder. Wacke concludeerde (Wacke 1998-1, p. 185): *‘Das römische Vertragspfand ist somit ursprünglich eher ein faktisches als ein rechtlich geregeltes Verhältnis.’*

³³³ Zie D. 43,33 over het *interdictum Salvianum*. Zie verder bijvoorbeeld Gaius’ *Instituten* 4,147. Zie over het interdict Krämer 2007, p. 52 en verder en Kunkel/Mayer-Maly 1987, p. 204-205.

³³⁴ Ook wel *invecta, inlata, inportata*, zie Kaser/Knütel & Lohsse 2017, p. 184 (§ 31, nr. 18). Zie eveneens Feenstra 1994, p. 114-115.

³³⁵ Of het *interdictum Salvianum* kon worden ingeroepen tegen een derde is onderwerp van discussie, omdat de bronnen tegenstrijdig zijn. Zie over de derdenwerking van het interdict Krämer 2007, p. 52 en verder met literatuurverwijzingen aldaar. Krämer concludeerde dat het interdict niet tegen een derde kon worden ingeroepen. Een fragment van Julianus waaruit een dergelijke derdenwerking zou blijken (D. 43,33pr.-1), achtte hij geïnterpoleerd, zie Krämer 2007, p. 114. Krämer beriep zich onder meer op C. 8,9,1, een constitutie van Gordianus uit 238, waaruit blijkt dat tegen een derde enkel de *Serviana* mogelijk was. Aarzelend wat betreft derdenwerking van het interdict bijvoorbeeld Kaser 1982, p. 8 (= Kaser 1976, p. 240). Kaser schreef: *‘Von ihm wissen wir, daß es dazu bestimmt war, dem Landverpächter den Besitz an den Illaten zu verschaffen, und zwar primär aus der Hand des Pächters; die Geltendmachung gegen Dritte ist, sofern sie bestanden hat, jedenfalls erst nachträglich aufgekomen.’* Schanbacher nam wel aan dat het interdict tegen derden kon worden ingeroepen, zie Schanbacher 1987, p. 92.

om het bezit van de zaken op te eisen.³³⁶ Mogelijk dankten de Romeinen de *actio Serviana* aan praetor Servius Sulpicius Rufus, die de actie halverwege de eerste eeuw voor Christus schiep.³³⁷

Schuldeisers en schuldenaren hadden behoefte aan een *pandrecht*, ook in gevallen waarin geen sprake was van pacht. De praetor kwam hun tegemoet door hun een actie te geven naar het voorbeeld van de *Serviana*. De actie droeg dan ook de naam *actio quasi Serviana*.³³⁸ De Romeinse juristen waren echter niet consequent in hun woordgebruik en doorgaans gebruikten de juristen eveneens voor deze actie de benaming *actio Serviana*.³³⁹ Zelfs nog andere namen waren in zwang voor deze actie: de juristen spraken ook wel over de *formula hypothecaria*, de *vindicatio pignoris* of de *actio pigneraticia in rem*.³⁴⁰ De herkomst van de *actio Serviana* en de *actio quasi Serviana* en de verhouding tussen beide acties blijken bijvoorbeeld uit het volgende fragment, dat afkomstig is uit de *Instituten* van Justinianus:

Justinianus' *Instituten* 4,6,7

Item Serviana et quasi Serviana, quae etiam hypothecaria vocatur, ex ipsius praetoris iurisdictione substantiam capit. Serviana autem experitur quis de rebus coloni, quae pignoris iure pro mercedibus fundi ei tenentur: quasi Serviana autem qua creditores pignora hypothecasve persequuntur.

Ook de *actio Serviana* en de *actio quasi-Serviana*, welke laatste ook wel hypothecaire actie wordt genoemd, ontlenen hun bestaan alleen aan de rechtsmacht van de praetor. De *actio Serviana* stelt iemand in met betrekking tot de vermogensbestanddelen van de pachter welke uit hoofde van pandrecht te zijnen behoeve tot zekerheid van de pachtsom voor de grond zijn verbonden. De *actio quasi-Serviana* is de actie waarmee schuldeisers hun recht op pandobjecten of verhypothekerde zaken geldend maken.

³³⁶ Zie over de *actio Serviana* Kaser 1971 (RP I), p. 472 (§ 111) en Krämer 2007, p. 38 en verder.

³³⁷ Zie over de oorsprong van deze actie onder meer Verhagen 2013, p. 58-59, Krämer 2007, p. 39-40 en Kaser/Knütel & Lohsse 2017, p. 189 (§ 31, nr. 39).

³³⁸ Vermoedelijk duurde het niet lang tot de praetor de werkingssfeer van de *actio Serviana* uitbreidde. Zie Kaser 1971 (RP I), p. 473 (§ 111): 'Die Klage wird schon bald nach ihrer Schöpfung über den Fall des Verpächterpfandrechts hinaus auf den Schutz aller Pfandrechte erstreckt worden sein. Spätestens im hadrianischen Edikt wurde die Musterformel für den Verpächter durch die allgemeine ersetzt.'

³³⁹ Zo bijvoorbeeld Julianus in D. 13,7,28pr. Zie hierover Braukmann 2008, p. 30.

³⁴⁰ Gaius noemde de actie *quasi Serviana* en voegde daaraan toe dat deze actie ook wel hypothecaire actie werd genoemd, zie D. 16,1,13,1. Zie over de verschillende benamingen eveneens Kaser 1971 (RP I), p. 473 (§ 111), Kunkel/Mayer-Maly 1987, p. 205 (§ 81) en Krämer 2007, p. 51. De *actio pigneraticia* is de verbintenisrechtelijke actie uit de pandovereenkomst. De toevoeging *in rem* is gebaseerd op het feit dat de *actio Serviana* de zakelijke actie was waarmee de pandhouder het bezit van het pand kon opeisen.

De *actio Serviana* – zo zal ik de actie in het algemeen aanduiden – gebruikte een pandhouder om het bezit van de zaak te krijgen teneinde zich op de zaak te kunnen verhalen. De *actio Serviana* was een zakelijke actie, die om die reden veel weg had van de revindicatie, waarmee een eigenaar het bezit van zijn zaak opeiste.³⁴¹ De pandhouder kon de actie instellen tegen eenieder, die de verpande zaak bezat. De grondslag van de actie was het pandrecht dat de pandhouder had op de lichamelijke zaak. De actie bevatte de restitutieclausule om te bewerkstelligen dat het instellen van de actie daadwerkelijk zou leiden tot het verkrijgen van de zaak. Indien de pandhouder ten onrechte afgifte van de verpande zaak weigerde, dan volgde een veroordeling tot de waarde van de zaak.³⁴²

4.3.2 *Pignus en hypotheca: vestiging, voorrang en verhaal*

In de klassieke tijd kenden de Romeinen het recht van pand, *pignus*, en het recht van hypotheek, *hypotheca*.³⁴³ Beide rechten zouden wij aanduiden als een beperkt zekerheidsrecht.

4.3.2.1 *Vestiging*

De vestiging van een beperkt zekerheidsrecht kon gepaard gaan met de verschaffing van het bezit aan de pandhouder, maar noodzakelijk was dit niet. Bezit was vereist in geval van een vuistpandrecht.³⁴⁴ De Romeinen noemden een

³⁴¹ Zie over het zakelijke karakter van de *actio Serviana* hiervoor p. 33.

³⁴² Zie over de waardering van de zaak bijvoorbeeld Wubbe 1976, p. 179 en verder. Zie tevens Kaser 1967, p. 1 en verder. Het is onduidelijk of de pandhouder de volledige waarde van de zaak kreeg, indien hij de *actio Serviana* instelde tegen de pandgever, die tevens zijn schuldenaar was. Ik meen van niet, aangezien hij verplicht was het *surplus* vervolgens terug te geven aan de pandgever. Doorgaans zal de pandhouder de *actio Serviana* echter niet tegen de pandgever zelf hebben ingesteld, maar tegen een derde, zie Feenstra 1994, p. 117.

³⁴³ Zie voor een algemeen overzicht betreffende *pignus* en *hypotheca* Kaser 1971 (RP I), p. 465 en verder (§ 110) en Krämer 2007, p. 21 en verder. Sinds de verschijning van het handboek van Kaser is veel geschreven over deze zekerheidsrechten. Een blik op de literatuur van de afgelopen jaren laat zien dat het pandrecht een veel gekozen onderwerp is. In 2015 alleen al verschenen onder meer het proefschrift van Van Hoof (Van Hoof 2015) over generale zekerheidsrechten en een bundel samengesteld door Harke (Harke 2015) over verschillende facetten van het pandrecht. Deze en andere werken komen, voor zover van belang, hierna aan bod.

³⁴⁴ De heersende leer gaat ervan uit dat het pandrecht oorspronkelijk bezit vereiste, zie bijvoorbeeld Kaser/Knütel & Lohsse 2017, p. 183 (§ 31, nr. 18) en Krämer 2007, p. 21 en verder. Zie ook noot 331. Anders: Schanbacher 2006, p. 50 en verder (zie over Schanbacher's hypothese Krämer 2007 met een conclusie op p. 364). Zie over de ontwikkeling van het bezitloze pandrecht ook Braukmann 2008, p. 21 en verder (let wel dit proefschrift is kritisch ontvangen, zie Knütel 2010, p. 303 en verder en Schanbacher 2010, p. 443 en verder). De erkenning van het bezitloze pandrecht volgde vermoedelijk in de eerste eeuw voor Christus. Deze datering geschiedde onder meer op grond van de verwijzing naar

bezitloos pandrecht hypotheek, *hypotheca*. Ulpianus legde het verschil tussen pand, *pignus*, en hypotheek, *hypotheca*, als volgt uit:

D. 13,7,9,2

Ulpianus, libro vicensimo octavo ad edictum. Proprie pignus dicimus, quod ad creditorem transit, hypothecam, cum non transit nec possessio ad creditorem.

Ulpianus, Het Edict XXVIII. In eigenlijke zin noemen wij ‘pand’ dat wat overgaat naar de schuldeiser, en spreken wij van ‘hypotheek’, wanneer noch de zaak noch het bezit overgaat naar de schuldeiser.³⁴⁵

Voor een hypotheek was wilsovereenstemming voldoende.³⁴⁶ Ulpianus schreef:

D. 13,7,1pr.

Ulpianus, libro quadragensimo ad Sabinum. Pignus contrahitur non sola traditione, sed etiam nuda conventionione, etsi non traditum est.

Ulpianus, Op Sabinus XL. Een pandcontract komt niet alleen tot stand door bezitsverschaffing, maar ook door enkele overeenkomst, ook al is er geen bezit verschaft.

Alfenus Varus in D. 13,7,30. Alfenus Varus leefde in de eerste eeuw voor Chr., zie De Koninck 1997, p. 29. Epigrafisch bewijs voor het bestaan van het recht van hypotheek in de eerste eeuw na Chr. blijkt uit het archief van de Sulpicii, zie Verhagen 2013, p. 58.

³⁴⁵ Justinianus nam niet alleen de tekst van Ulpianus over in de Digesten, maar herhaalde deze regel in zijn leerboek, zie Justinianus’ *Instituten* 4,6,7. Krämer vermoedde dat oorspronkelijk het fragment van Ulpianus anders luidde om het verschil met de *fiducia* te verduidelijken. Zo zou het fragment onder meer een tweede ‘*nec*’ hebben bevat, omdat het niet voor de hand ligt dat een fragment slechts eenmaal het woord ‘noch’ bevatte. Na ‘*cum non transit*’ volgde volgens Krämer ‘*nec dominium*’. Zie Krämer 2007, p. 27 en verder.

³⁴⁶ Het feit dat een beperkt recht dat tegen eenieder in te roepen was in het leven werd geroepen door een enkele overeenkomst zonder dat enige publiciteit was vereist, leidde tot kritiek op het Romeinse recht met name in de negentiende eeuw, zie Zimmermann 1996, p. 116. Keizer Leo vaardigde in 472 een wet uit (zie C. 8,17(18),11,1) die prioriteit toekende aan zowel pandrechten gevestigd bij authentieke akte, als pandrechten, die gevestigd waren bij een onderhandse akte, die was ondertekend door drie getuigen. Deze regel doorbrak tot op zekere hoogte de regel dat eerder in tijd sterker in recht betekende (*prior tempore, potior iure*). Zie hierover Zwolve 2006-2, p. 475. Wubbe schreef naar aanleiding van een fragment van Negusantius filius, waarin Negusantius het pandrecht als het beste deel van het Romeinse recht aanduidde (Wubbe 1960, p. VII): ‘Het Romeinse pandrecht heeft de reputatie onpraktisch en slecht geregeld te zijn. Bezitloos pandrecht op roerende zaken, geen of ontoereikende publiciteit, stilzwijgende pandrechten op tegenwoordige en toekomstige vermogenscomplexen, generale hypotheeken en tenslotte geprivilegieerde al dan niet generale hypotheeken: het lijkt een euphemisme, het pandrecht het beste deel van het Keizerlijke (Romeinse) recht te noemen.’ Met Wubbe meen ik echter dat het onwaarschijnlijk is dat het pandrecht in de praktijk niet functioneerde, mede gelet op de centrale plaats, die Justinianus het pandrecht toekende, zie daarover Krämer 2007, p. 5-6. Justinianus wijdde niet alleen het twintigste boek van de Digesten aan het pandrecht, maar ook de zevende titel van het dertiende boek.

De vestiging van een pandrecht vond plaats op grond van een pandovereenkomst. De pandovereenkomst was een reële overeenkomst, hetgeen betekende dat voor de totstandkoming ervan overgave van de zaak was vereist.³⁴⁷ Gaius schreef:

D. 44,7,1,6

Gaius, libro secundo aureorum. **Gaius, Gulden gezegden II.** Ook een schuldeiser
Creditor quoque, qui pignus die een pand heeft aangenomen, wordt door [het
accepit, re tenetur. (...) aannemen van] de zaak gebonden. (...)

De Romeinse juristen kwalificeerden de pandhouder als bezitter voor zover dat nodig was om een beroep te kunnen doen op de interdicten, die bezit beschermde.³⁴⁸ Tegelijkertijd bleef de pandgever bezitter, zodat hij een eventuele verjaring kon voltooien.³⁴⁹

Een modern jurist zal zich onmiddellijk afvragen hoe een verjaringsbezitter bevoegd kon zijn om een pandrecht te vestigen. In het Romeinse recht was het zo dat aan de vereiste beschikkingsbevoegdheid was voldaan, indien de pandgever de zaak in zijn vermogen had.³⁵⁰ Niet alleen de eigenaar naar *ius civile* had de zaak in zijn vermogen, ook een praetorisch eigenaar, zoals een verjaringsbezitter.³⁵¹ De pandhouder kon zijn pandrecht inroepen tegen eenieder, in bepaalde gevallen zelfs tegen de eigenaar naar *ius civile*, net zoals de praetorisch

³⁴⁷ Zie over de pandovereenkomst Zimmermann 1996, p. 220 en verder.

³⁴⁸ Zie over de interdictenbescherming van de pandhouder Kaser 1982, p. 27 (= Kaser 1976, p. 259) en Kaser 1971 (RP I), p. 389 (§ 94). Het bezit van de pandhouder betekende niet dat hij de zaak feitelijk onder zich moest hebben. Hij kon de zaak bijvoorbeeld in bruikleen ter bedde (*precarium*) geven aan de pandgever of aan hem verhuren, zie wat betreft bruikleen ter bedde D. 43,26,6,4 en wat betreft verhuur D. 13,7,37. De bezitsverschaffing aan de pandhouder kon plaatsvinden door een *constitutum possessorium*, zie Zwarte 2006-2, p. 474.

³⁴⁹ Zie D. 41,3,16 Javolenus, *Op Plautius* IV: ‘*Servi nomine, qui pignori datus est, ad exhibendum cum creditore, non cum debitore agendum est, quia qui pignori dedit, ad usucapionem tantum possidet, quod ad reliquas omnes causas pertinet, qui accepit possidet, adeo ut adici possit et possessio eius qui pignori dedit.*’ Vertaling: ‘Ter zake van een slaaf die in pand gegeven is, dient de actie tot productie tegen de schuldeiser en niet tegen de schuldenaar ingesteld te worden, aangezien de schuldenaar die de zaak in pand gegeven heeft, alleen maar met het oog op de verkrijgende verjaring het bezit ervan heeft. Wat alle andere situaties betreft, bezit degene die [het pand] heeft ontvangen, met dien verstande dat [aan zijn bezit] ook toegevoegd kan worden [de tijd van] het bezit van degene die de zaak in pand heeft gegeven.’

³⁵⁰ Zo volgde uit de *formula* van de *actio Serviana*. Zie voor de volledige *formula* p. 33.

³⁵¹ Zie Kaser 1971 (RP I), p. 464 (§ 110). Zie hierover Ankum 1985, p. 275 en verder. Indien de pandgever de zaak niet in zijn vermogen had, dan kwam geen pandrecht tot stand. Wel was het mogelijk dat door convalescentie een pandrecht werd verkregen, indien de pandgever de zaak nadien verkreeg, zo blijkt bijvoorbeeld uit C. 8,15,5, een rescript van Diocletianus en Maximianus uit het jaar 286. De pandhouder beschikte dan niet over de reguliere *actio Serviana*, maar over een *actio utilis*. Zie over de verpanding van andermans

eigenaar in een aantal gevallen een procedure om de zaak won van de wettelijke eigenaar. De praetorisch eigenaar trok bijvoorbeeld aan het langste eind, indien hij de zaak van de eigenaar naar *ius civile* had gekocht en zij gezamenlijk besloten hadden de zaak te leveren op een andere wijze dan voorgeschreven. Denk aan de levering van een *res Mancipi* door middel van *traditio*. De verkochte en geleverde zaak was dan naar *ius civile* niet overgedragen, maar de praetor beschermde de koper zelfs tegen de wettelijke eigenaar door de koper de exceptie van de gekochte en geleverde zaak te geven, de *exceptio rei venditae et traditae*.³⁵²

Mocht de pandhouder het bezit van de verpande zaak onverhoopt kwijt zijn geraakt, dan stond hem de *actio Serviana* ter beschikking om het bezit van de verpande zaak terug te krijgen.³⁵³

4.3.2.2 Verhaal en voorrang

De Romeinse juristen onderscheidden het pandrecht niet strikt van het recht van hypotheek. Het maakte namelijk voor de rechtsgevolgen wat betreft verhaal en voorrang niet uit of de vestiging van het beperkte zekerheidsrecht wel of niet gepaard was gegaan met bezitsoverdracht. Beide termen gebruikten ze dan ook door elkaar.³⁵⁴ Marcianus schreef:

D. 20,1,5,1

Marcianus, *libro singulari ad formulam hypothecariam*. Inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt. **Marcianus, *De hypothekactie*.** Tussen pand en hypotheek bestaat slechts verschil in de klank van woorden.

zaak Wubbe 1960. Zie over convalescentie bijvoorbeeld Wacke 1998-2, p. 438 en verder en Gröschler 2015, p. 40 en verder.

³⁵² Zie over deze exceptie de derde titel van het éénnentwintigste boek van de Digesten (D. 21,3). Zie over deze exceptie in de literatuur Kaser 1971 (RP I), p. 439 (§ 104) en Lokin/Brandsma 2016, p. 144 (G38).

³⁵³ Zie over het ontstaan van de *actio Serviana* hiervoor § 4.3.1. Zie voor een voorbeeld van een fragment waarin de pandhouder het bezit was kwijtgeraakt D. 13,7,28pr. (Julianus, *Digesten* XI): ‘*Si creditor, qui rem pignori acceperat, amissa eius possessione serviana actione petierit et litis aestimationem consecutus sit, postea debitor eandem rem petens exceptione summovetur, nisi offerat ei debitor, quod pro eo solutum est.*’ Vertaling: ‘Als een schuldeiser die een zaak in pand had gekregen, na het bezit ervan te hebben verloren, de zaak met de Serviaanse actie heeft opgevorderd en de geschatte waarde van het proces-object verkregen heeft, wordt de schuldenaar, wanneer hij nadien dezelfde zaak opeist, met een exceptie afgeweerd, tenzij hij de derde aanbiedt hetgeen voor hem betaald is.’ Zie over deze tekst Kaser 1967, p. 24. De mogelijkheid een beroep te doen op de *Serviana* blijkt eveneens uit D. 9,4,36, een fragment van Ulpianus’ commentaar op het Edict.

³⁵⁴ Zo sprak Paulus in een fragment ons bekend als D. 20,1,29pr. over het verpanden van zaken, terwijl strikt genomen sprake was van een hypotheek. Zie hierover en voor meer voorbeelden Krämer 2007, p. 30.

Zowel pand als hypotheek was afhankelijk van de schuld ter verzekering waarvan ze waren gevestigd. Het waren accessoire rechten.³⁵⁵ Het pand- of hypotheekrecht ging teniet, indien de schuldenaar zijn schuld voldeed, indien hij op een andere manier zekerheid verschaft of indien hij in schuldeisersverzuim verkeerde.³⁵⁶

Beide rechten gaven de schuldeiser het recht zich met voorrang te verhalen op de hem verpande of verhypothekerde zaak. De wijze waarop de pandhouder zich op de zaak mocht verhalen, was in de klassieke tijd afhankelijk van hetgeen partijen overeen waren gekomen.³⁵⁷ Doorgaans kregen de pand- en hypotheekhouder genoegdoening door het pand executoriaal te verkopen en zich te verhalen op de opbrengst. In de regel hadden zij het recht van parate executie, hetgeen inhield dat ze over mochten gaan tot de executoriale verkoop van het verbonden goed zonder daarvoor eerst een executoriale titel in de vorm van een instemmend vonnis van de rechter nodig te hebben.³⁵⁸ Het recht van parate executie tezamen met het recht op voorrang maakten de pand- en hypotheekhouder separaat in een faillissement. Zij vielen buiten de *concursum*, de samenloop van concurrente schuldeisers.³⁵⁹

Hierna gebruik ik de termen pandgever, pandhouder en pand in ruime zin om te voorkomen dat ik de hypotheekvarianten van die termen telkens moet noemen.

³⁵⁵ Zie over de accessoriëteit van het pandrecht bijvoorbeeld Out 2005.

³⁵⁶ Deze drie gronden volgden uit de *formula* van de *actio Serviana*, zie hierover Out 2005, p. 160 en verder. Zie voor de volledige *formula* p. 33. Zowel een pandhouder, als een hypotheekhouder kon gebruik maken van de *Serviana*, zie hierover bijvoorbeeld Krämer 2007, p. 31-32.

³⁵⁷ Vóór de klassieke periode was het zo dat de pandhouder het pand enkel onder zich mocht houden. Zijn schuldenaar kon de zaak slechts terugkrijgen, indien hij zijn schuld voldeed. De pandhouder was echter noch bevoegd zich het pand toe te eigenen, noch bevoegd tot verkoop van het pand over te gaan. Er was sprake van een zogenoemd terughoudingspand, zie bijvoorbeeld Lokin/Brandsma 2016, p. 196 (G73). Zo luidt althans de heersende leer, zie Wacke 1998-1, p. 169 en verder (m.n. p. 181-182 met verdere verwijzingen aldaar). Anders bijvoorbeeld Kaser, die betoogde dat het oudste pandrecht een vervalpand was, zie Kaser 1982, p. 12 en verder (= Kaser 1976, p. 244 en verder) en Krämer 2007, p. 349. Toen geen sprake meer was van een terughoudingspand was sprake van een vervalpand. Later werd het gebruikelijk dat de pandhouder de verpande zaak verkocht en zich uit de opbrengst voldeed. Zie daarover hierna. Zie over de verschillende fasen van verhaal Verhagen 2013, p. 69 en verder.

³⁵⁸ Zie C. 8,27(28),9, een constitutie van de keizers Diocletianus en Maximianus uit het jaar 287. De keizers bepaalden dat de schuldeiser de verbonden zaken met inachtneming van de goede trouw en de formaliteiten moesten verkopen, indien de schuldenaar betaling weigerde. De keizers doelden wat betreft de vereiste formaliteiten niet op het verkrijgen van een executoriale titel van een rechter, maar op de vereisten dat de verkopende pand- of hypotheekhouder de schuldenaar op de hoogte moest brengen van de verkoop en in aanwezigheid van getuigen moest verklaren wanneer de verkoop zou plaatsvinden. Zie C. 8,27(28),4, een constitutie van Alexander Severus uit het jaar 225.

³⁵⁹ Zie Zwalf 2006-2, p. 475.

De pandgever en de pandhouder konden overeenkomen dat het pand toeviel aan de pandhouder, indien de schuldenaar/pandgever de vordering ter verzekering waarvan het pand was gevestigd, niet nakwam.³⁶⁰ Partijen konden de titel voor de eigendomsverkrijging van de pandhouder construeren als een inbetalinggeving, dat wil zeggen dat de pandhouder genoeg nam met het pand in plaats van met de afgesproken prestatie.³⁶¹ Een andere mogelijkheid was het aanmerken van de eigendomsverkrijging als een koop, dat wil zeggen dat de pandhouder als het ware de verpande zaak kocht voor een prijs, die overeenkwam met hetgeen de pandgever aan de pandhouder was verschuldigd.³⁶² Om misbruik te voorkomen verbood keizer Constantijn in 326 n. Chr. het beding dat de verpande zaak verviel aan de pandhouder, indien de pandgever de schuld niet voldeed.³⁶³

³⁶⁰ Zie over het vervalpand bijvoorbeeld Kaser 1971 (RP I), p. 470 (§ 111), Lokin/Brandsma 2016, p. 196 (G73) en Verhagen 2011, p. 1 en verder. Verhagen concludeerde na bestudering van het archief van de Sulpicii het volgende: *‘Die überzeugendste Interpretation der Quellen ist, dass das römische Pfandrecht des ersten Jahrhunderts n. Chr. noch ein Verfallpfand war, so dass der Pfandgegenstand bei Pfandreife in das Eigentum des Pfandgläubigers fiel. In der Übergabe des Pfandgegenstandes an den Pfandgläubiger lag eine traditio beschlossen, die auf einen durch den Eintritt der Pfandreife aufschiebend bedingten Eigentumsübergang (im Wege einer datio in solutum) abzielte. Die Tatsache, dass einige der überlieferten Quellen eine Verkaufsklausel beinhalten, steht der Annahme eines Verfallpfandes nicht entgegen.’*

³⁶¹ Zie voor een constructie van inbetalinggeving bijvoorbeeld een rescript van Diocletianus en Maximianus uit het jaar 293 aan ene Matrona, ons bekend als C. 8,13,13: *‘Cum dominam non minorem viginti et quinque annis ea quae obligaverat tibi iure domini possidere permisisse et in solutum dedisse precibus significes, dominae contractus et voluntas ad firmitatem tibi sufficit.’* Vertaling: ‘Wanneer de eigenares toen zij niet meer jonger dan 25 jaar was, u, zoals u in het verzoekschrift te kennen geeft, heeft toegestaan de zaken die zij als pand had verbonden, te bezitten met recht van eigendom en ze u in betaling heeft gegeven, zijn de overeenkomst met de eigenares en haar wil voor u voldoende voor de rechtskracht hiervan.’ Zie Kaser/Knütel & Lohsse 2017, p. 188 (§ 31, nr. 33) en zie Kaser 1971 (RP I), p. 470 (§ 111).

³⁶² Zie *Fragmenta Vaticana* 9 (Pap. Vat. 9): *‘Creditor a debitore pignus recte emit, sive in exordio contractus ita convenit sive postea; nec incerti pretii venditio videbitur, si convenerit, ut pecunia fenoris non soluta creditor iure empti dominium retineat, cum sortis et usurarum quantitas ad diem solvendae pecuniae prestitutam certa sit.’* Vertaling: ‘Een schuldeiser kan het pand van zijn schuldenaar rechtsgeldig kopen, ongeacht of men dit onmiddellijk bij het sluiten van het contract overeengekomen is of naderhand. Het zal niet als een verkoop tegen onbepaalde prijs beschouwd worden, als men overeengekomen is, dat bij niet-betaling van het rentebedrag de schuldeiser krachtens zijn recht uit koop de zaak in eigendom mag behouden, aangezien het totale bedrag van de hoofdsom plus rente tot op de dag die voor de betaling tevoren vastgesteld is precies vaststaat.’ Zie Kaser/Knütel & Lohsse 2017, p. 188 (§ 31, nr. 33).

³⁶³ Het verbod van de keizer was vervat in prachtige bewoordingen, zie C. 8,34(35),3: *‘Quoniam inter alias captiones praecipue commissoriae pignorum legis crescit asperitas, placet infirmari eam et in posterum omnem eius memoriam aboleri. 1. Si quis igitur tali contractu laborat, hac sanctione respiret, quae cum praeteritis praesentia quoque depellit et futura prohibet. Creditores enim re amissa iubemus recuperare quod dederunt.’* Vertaling: ‘Aangezien naast andere bedrieglijke praktijken in het bijzonder de hardheid van het

Vaker kwam de afspraak voor dat de pandhouder de verpande zaak zou verkopen om zich uit de opbrengst te voldoen, indien de pandgever/schuldenaar tekortkwam.³⁶⁴ Keizer Alexander Severus noemde deze afspraak namelijk de gebruikelijke.³⁶⁵ Een dergelijk verkoopbeding was zo gebruikelijk geworden als onderdeel van een pandovereenkomst, dat de juristen aannamen dat de pandhouder het pand mocht verkopen, zelfs als het beding niet was overeengekomen. Zelfs indien de pandgever en de pandhouder waren overeengekomen dat de verpande zaak níét door de pandhouder mocht worden verkocht, dan nog mocht de pandhouder de verpande zaak verkopen als hij de schuldenaar driemaal had aangezegd te betalen en betaling uitbleef.³⁶⁶ Ulpianus schreef:

D. 13,7,4

Ulpianus, libro quadragesimo primo ad Sabinum. Si convenit de distrahendo pignore sive ab initio sive postea, non tantum venditio valet, verum incipit emptor dominium rei habere. Sed etsi non convenerit de distrahendo pignore, hoc tamen iure utimur, ut liceat distrahere, si modo non convenit, ne liceat. Ubi vero convenit, ne distraheretur, creditor, si distraxerit, furti obligatur, nisi ei ter fuerit denuntiatio ut solvat et cessaverit.

Ulpianus, Op Sabinus XLI. Als er hetzij onmiddellijk, hetzij op een later tijdstip, een overeenkomst is gesloten over de verkoop van het pand, is niet alleen de verkoop rechtsgeldig, maar heeft de koper vanaf dat moment de eigendom van de zaak. Maar ook al is er geen overeenkomst gesloten over de verkoop van het pand, dan passen wij toch als rechtsregel toe dat men het pand mag verkopen, als men tenminste niet overeengekomen is dat dit niet zou mogen. Wanneer men echter overeengekomen is dat het niet zou worden verkocht, wordt de schuldeiser, indien hij dit toch doet, uit diefstal verbonden, tenzij de schuldenaar driemaal is aangezegd te betalen en hij in gebreke is gebleven.

Resteerde na verhaal door de pandhouder een deel van de koopprijs, die de pandhouder had ontvangen, dan moest hij dit overschot, het *superfluum*, uitkeren aan de pandgever. Indien de pandhouder het overschot niet vrijwillig betaalde, dan kon de pandgever het overschot opeisen met de actie uit de pandovereenkomst, de *actio pigneraticia*.³⁶⁷ De pandgever en de pandhouder waren verplicht zich jegens elkaar te gedragen in overeenstemming met de goede trouw, de *bona fides*. Deze verplichting bleek uit de *formula* van de *actio pigneraticia*.

vervalbeding bij panden toeneemt, besluiten Wij dit [beding] krachteloos te maken en voor de toekomst iedere herinnering daaraan uit te bannen. 1. Indien daarom iemand gebukt gaat onder een dergelijk contract, mag hij herademen door deze verordening die naast de bedingen uit het verleden ook de huidige verjaagt en toekomstige belet. Immers, Wij bepalen dat schuldeisers de zaak kwijtraken en terug kunnen krijgen wat zij gegeven hebben.’

³⁶⁴ Zie Verhagen 2013, p. 69 en verder. Zie Kaser 1971 (RP I), p. 470 en verder (§ 111). Zie Wacke 1998-1, p. 182 en verder.

³⁶⁵ Zie C. 4,24,4, een rescript uit het jaar 223.

³⁶⁶ Zie – naast het aanstonds volgende fragment van Ulpianus – bijvoorbeeld D. 13,7,5.

³⁶⁷ Zie bijvoorbeeld een rescript van Diocletianus en Maximianus aan ene Sabinus, ons bekend als C. 8,27(28),20. Zie ook D. 13,7,42, een fragment van Papinianus.

Die bevatte namelijk de clause van de goede trouw.³⁶⁸ De clause van de goede trouw gaf de rechter de mogelijkheid de pandhouder te veroordelen tot bijvoorbeeld de waarde van het overschot.³⁶⁹

³⁶⁸ Enkel de *formula in ius concepta* bevatte de clause van de goede trouw. De *formula in factum concepta* bevatte niet de clause van de goede trouw. Zie over het onderscheid Zimmermann 1996, p. 221-223.

³⁶⁹ Zie Zimmermann 1996, p. 223: ‘*The intentio incerta of the formula in ius concepta left the judge much more freedom; he could condemn in “whatever the defendant ought on that account to give to (or do for) the plaintiff”: be it the pledged property or its value, be it a superfluum after sale.*’ Zie over de clause van de goede trouw in de pandactie Kaser 1979-1, p. 214 en verder (= Kaser 1982, p. 78 en verder). Ook Braukmann schreef over de *formula in ius concepta* en de *formula in factum concepta*. Zie Braukmann 2008, p. 40 en verder en p. 64 en verder.

Hoofdstuk 5

Het pandrecht als ‘beperkt recht’

5.1 *Ius in re tegenover dominium*

In het oudste Romeinse recht deelden de eigenaar en bepaalde – wat wij zouden noemen – beperkt gerechtigden de zaak.³⁷⁰ Elk was op een bepaalde manier

³⁷⁰ In de twintigste eeuw was het Kaser, die deze theorie ontwikkelde naar aanleiding van een idee van Koschaker. Hij zette zijn theorie voor het eerst uiteen in 1939 (= Kaser 1976, p. 73 en verder) in een bundel ter ere van Koschaker, zie Kaser 1939, p. 445 en verder. Zie later bijvoorbeeld Kaser 1949. Koschaker (zie Koschaker 1938, p. 252 en verder) opperde het idee van gedeeld eigendom in het Romeinse recht in een boekrecensie (zie Koschaker 1938, p. 255 en verder). Een aantal jaar eerder, in 1931, schreef Koschaker over gedeelde eigendom in het oude Griekse recht ter verklaring van de verhouding, die ontstond indien sprake was van *Paramone* (zie Koschaker 1931, p. 49 en verder). De Griekse *Paramone* leidde tot op zekere hoogte tot ondergeschiktheid van een vrij mens aan een ander vrij mens. De verhouding kon bijvoorbeeld ontstaan ter gelegenheid van een vrijlating. Zie over de Griekse *Paramone* Thür, G., ‘Paramone’, in: H. Cancik, H. Schneider en M. Landfester (red.), *Der Neue Pauly*, Brill: Online 2006. Koschaker’s these kreeg kritiek (zie bijvoorbeeld Schönbacher 1933, p. 435 en verder). In 1938 greep Koschaker het schrijven van een boekrecensie aan om zijn theorie nogmaals uiteen te zetten en nu ook te betrekken op het Romeinse recht. Koschaker sprak wat betreft het Romeinse recht met name over de dienstbaarheden. Hij wees bijvoorbeeld op het volgende (Koschaker 1938, p. 258-259): ‘*Wer der Meinung ist, daß die Vorstellung des jus in re aliena bei den Servituten schon dem ältesten römischen Recht eigen war, der möge es auch erklären, warum die italischen Feldservituten, also gerade die ältesten, res Mancipi sind, warum sie durch Mancipatio, bzw. durch in jure cessio, also nach den Formen der Eigentumsübertragung bestellt werden, warum die Klage zum Schutze der Servitut die vindicatio ist usw.*’ Koschaker verwees naar de theorie van gedeelde eigendom van de glossatoren en de commentatoren. De glossatoren en de commentatoren maakten onderscheid tussen het *dominium directum* en het *dominium utile* (zie daarover bijvoorbeeld Feenstra 1989, p. 111 en verder). Volgens Koschaker gaf het *Corpus Iuris Civilis* hun ‘den denkbaar geringsten Anhalt’ voor dergelijke voorstellingen, zie Koschaker 1938, p. 265. Koschaker’s conclusie was een voorzichtige uitnodiging om zijn theorie verder te ontwikkelen. Zo schreef hij (Koschaker 1938, p. 262): ‘*Diese Andeutungen wollen und können natürlich keine Lösung des Problems geben, nicht einmal solche anbahnen, sie sollen nur zeigen, daß die Frage des geteilten Eigentums für das ältere römische Recht keine so sinnlose ist, als man prima facie anzunehmen geneigt sein möchte.*’ Koschaker zag ruimte voor de ontwikkeling van

bevoegd ten aanzien van de zaak. Zowel de eigenaar, als een aantal ‘beperkt gerechtigden’ kon een beroep doen op de oude *legis actio sacramento in rem*. Wubbe schreef:

‘Nennt man die mit der alten Spruchformel meum esse e.i.Q. behauptete Sachgewalt “Eigentum”, dann kann es folglich an einer Sache mehrere “Eigentümer” geben: die via in einem Grundstück “gehört” dem Eigentümer des Grundstücks, kann aber gleichzeitig auch dem Eigentümer des Nachbargrundstücks “gehören”. Die beiden Behauptungen (und wenn sie zutreffen: Berechtigungen) schließen einander nicht aus: das “Eigentum” (oder vielleicht: die Sache) ist in dieser Ordnung funktionell geteilt, die Servituten (und wohl auch schon der Nießbrauch) sind Erscheinungsformen eines noch weitgefaßten Eigentumsbegriffs.’³⁷¹

Dit functioneel gedeelde eigendom ontwikkelde zich naar een absoluut eigendom. Deze ontwikkeling resulteerde erin dat de zaak slechts aan één persoon toebehoorde, de eigenaar. De eigenaar had de zaak. Degenen die voorheen niet de alomvattende heerschappij over de zaak hadden, hadden enkel een recht op de zaak. Kaser:

‘Dem feineren Rechtsgefühl genügte es nicht mehr, gewisse rechtliche Lebens-tatbestände, die nach ihrem Anwendungsbereich in ganz verschiedene Richtungen wiesen, unter den einheitlichen Begriff des Eigentums zu pressen, vor allem seitdem die Rechtswissenschaft begonnen hatte, für einzelne dieser Sonderfälle auch besondere Regeln zu entwickeln.’³⁷²

De ‘beperkt gerechtigden’ kregen specifieke rechtsmiddelen.³⁷³ De overgang van een functioneel gedeeld eigendom naar één eigenaar en daarnaast ‘beperkt gerechtigden’ vond plaats gelijktijdig met de overgang van de wettelijke acties naar het *formulaproces*.³⁷⁴ De ‘beperkt gerechtigden’ beriepen zich op andere

een theorie van gedeeld eigendom, omdat geleerden in zijn tijd kritisch stonden tegenover het algemene eigendomsbegrip van de Pandektisten. Hij schreef (p. 264): *‘Gemeinsam ist allen diesen Strömungen in der deutschen Rechtswissenschaft unserer Tage die Kampf-ansage gegenüber dem Eigentumsbegriff des Pandektenrechts. Damit wird die Bahn frei für eine andere Auffassung des jus in re aliena und das geteilte Eigentum, ohne daß man für dessen weitere dogmatische Entwicklung eine bestimmte Prognose stellen könnte.’* Kaser werkte het idee van Koschaker uit. Kasers theorie is onder meer door Wubbe overgenomen, zie bijvoorbeeld Wubbe 1965, kolom 334 en 339-340. Zie over Kasers theorie Rainer 1998, p. 163 en Strauch 1984, p. 273.

³⁷¹ Zie Wubbe 1965, kolom 340.

³⁷² Zie Kaser 1956, p. 304-305.

³⁷³ Zie Kaser 1956, p. 20: *‘Die Anerkennung des selbständigen ius utendi fruendi ging auch hier mit der des absoluten Eigentums Hand in Hand. Um diese Zeit hat man dann auch die bloß tatsächliche Ausübung des uti frui ohne Rücksicht auf das Recht durch das interdictum uti possidetis utile geschützt.’*

³⁷⁴ Zie Wubbe 1965, kolom 340. Zie over de overgang van de *legis actiones* naar de *formula-procedure* hiervoor nt. 93.

formulae dan de eigenaar. Zij konden niet langer beweren dat de zaak hen toebehoorde, maar stelden in rechte een recht te hebben. Wubbe:

*‘Diese Klärung des Eigentumsbegriffs hat sich im 2. und 1. Jhdt. v. Chr., und zwar gleichzeitig mit dem Übergang von der alten zur neuen Prozeßordnung, vollzogen; die neuen Prozeßformeln setzen sie voraus. Soll der Richter prüfen si paret rem Ai Ai esse, dann hat er über das Eigentum des Klägers zu entscheiden. Macht aber ein Kläger eine servitus oder einen usus fructus geltend, dann lautet die Formel (Paul. D. VIII 5,9pr) si paret Ao Ao ius esse per illum fundum ire agere.’*³⁷⁵

De oudste ‘beperkte rechten’ waren de dienstbaarheden.³⁷⁶ De ontwikkeling vanuit een functioneel gedeeld eigendom gaat echter niet op voor alle ‘beperkte rechten’.³⁷⁷

Wat betreft de herkomst van het pandrecht betoogde Kaser dat dit recht was ontstaan uit een gedeeld eigendom.³⁷⁸ Kasers redenering overtuigt echter niet. Zoals ik in paragraaf 4.3.1 uitlegde, ontleende de pandhouder eertijds enkel bescherming aan de feitelijke macht, die hij had over de zaak, omdat hij de zaak onder zich hield tot zijn vordering was voldaan.³⁷⁹ Van een pandrecht was in die tijd geen sprake. Mij zijn bovendien geen bronnen bekend waaruit blijkt dat een pandhouder gebruik kon maken van de *legis actio sacramento in rem*.³⁸⁰ Kasers idee dat de pandhouder eertijds een beroep kon doen op de *legis actio sacramento in rem* kwam voort uit de overeenkomsten van de *actio Serviana* met de *actio Publiciana*. Deze acties verschilden op één punt evenwel wezenlijk van elkaar, zo ook Kaser:

‘Zu dem Gedanken an ein Sakramentsverfahren in rem als Vorläufer der actio Serviana hat mich vornehmlich die entwicklungsgeschichtliche Verwandtschaft zwischen dieser Klage und der actio Publiciana angeregt. Beide stammen ungefähr aus derselben Zeit, beide tragen die Namen ihrer Urheber. Die Publiciana war dazu bestimmt, den Ersitzungsbesitzer, dessen Schutz in dem umfassenden meum

³⁷⁵ Zie Wubbe 1965, kolom 340-341.

³⁷⁶ Zie Wubbe 1965, kolom 334-335.

³⁷⁷ Zie over de oorsprong van het opstalrecht bijvoorbeeld Mori 2016, p. 277 en verder.

³⁷⁸ Zie Kaser 1982, p. 22 en verder (= Kaser 1976, p. 254 en verder). In dezelfde zin bijvoorbeeld Kunkel/Mayer-Maly 1987, p. 195 (§ 78). Anders Krämer 2007, p. 194 en verder (Krämer uitte zijn kritiek op Kaser met name op p. 202 en verder). Anders ook Wacke 1998-1, p. 196-197.

³⁷⁹ Zie hiervoor p. 91 en verder.

³⁸⁰ Uit het feit dat bronnen mij niet bekend zijn, leid ik niet af dat het was uitgesloten dat een pandhouder een beroep kon doen op de *legis actio sacramento in rem*. De schaarsheid aan bronnen brengt mee dat de herkomst van het pandrecht tot op zekere hoogte in nevelen is gehuld, zie Kaser 1982, p. 255. Kaser schreef over ‘die dunkle Frühgeschichte des römischen Pfandrechts.’ Instemmend bijvoorbeeld Schanbacher 2006, p. 49. Zie ook Kunkel/Mayer-Maly 1987, p. 197 (§ 78). Het gebrek aan bronmateriaal maakt de verificatie of falsificatie van Kasers hypothese lastig.

esse der legis actio sacramento in rem mitenthalten gewesen war, nach deren Zurücktreten mit einer der formularen rei vindicatio nachgebildeten prätorischen Klage zu schützen. In gleicher Weise, so nahm ich an, sollte auch die Serviana die ebengenannte legis actio ablösen, indem der Prätor mit ihr dem Pfandgläubiger, der nun nicht mehr als ziviler Eigentümer im Sinn des Teileigentums anerkannt wurde, einen petitorischen Schutz bot. Doch darf die Parallele zwischen Publiciana und Serviana nicht überschätzt werden. Daß sich der Usukapionsbesitz der Publiciana mit der Usukapionsfiktion die Position des Klägers umschrieben wird, bei der Serviana dagegen mit in bonis esse die Rechtsstellung eines Dritten, nämlich des Verpfänders, von dem der klagende Pfandgläubiger sein Recht ableitet. Nicht das Pfandrecht selbst wird also dem Eigentum gleichgehalten; und damit fällt der Anhalt fort, das dinglich geschützte Pfandrecht unmittelbar aus dem durch Vindikation geschützten Eigentum abzuleiten.³⁸¹

Ondanks dit verschil hield Kaser vol dat de pandhouder gebruik kon maken van de *legis actio sacramento in rem* voordat de *actio Serviana* in het leven was geroepen. Kaser wees ter rechtvaardiging van die gedachtegang naar een fragment van Cato. Cato schreef rond 160 voor Christus, oftewel voor het ontstaan van de *actio Serviana*, over de verkoop van olijven, die nog niet waren geoogst. De koper van de nog niet geoogste olijven verpandde aan de verkoper het gereedschap dat hij naar de boomgaard bracht om te gebruiken bij het oogsten en persen van de olijven. Ze kwamen daarbij overeen dat de koper/pandgever het gereedschap in de boomgaard zou laten. Indien de koper/pandgever deze afspraak zou schenden, zou het gereedschap in eigendom toevallen aan de verkoper/pandhouder. Cato berichtte over dit vervalbeding:

Cato, de agri cultura 146,5³⁸²

Donicum solutum erit aut ita satis datum erit, quae in fundo inlata erunt, pigneri sunt. Ne quid eorum de fundo deportato. Si quid deportaverit, domini esto.

Totdat er is betaald of zekerheid is gegeven, moeten de zaken die op het stuk land zijn gebracht als onderpand dienen, en hij mag niets ervan van het land weghalen. Als hij wel iets weghaalt, dan komt dat toe aan de eigenaar.

Cato's '*domini esto*' had enkel betrekking op hetgeen rechtens was, indien de pandgever het gereedschap van de boomgaard wegvoerde, oftewel Cato schreef dat de pandhouder eigenaar zou zijn na vervulling van het vervalbeding.³⁸³ Het fragment van Cato is dientengevolge geen reden om aan te nemen dat de pandhouder de eigendom van de verpande zaak deelde met de pandgever/eigenaar.

³⁸¹ Zie Kaser 1982, p. 28 (= Kaser 1976, p. 260).

³⁸² De tekst van het fragment van Cato is afkomstig uit de *Loeb Classical Library*, zie LCL 283, p. 130-131. Zie over dit fragment van Cato bijvoorbeeld Wacke 1998-1, p. 172 en verder en Krämer 2007, p. 193 en verder.

³⁸³ Hoe precies de pandhouder de eigendom verkreeg, vermeldde Cato niet. Zie hierover Krämer 2007, p. 196 en verder.

Naar onze maatstaven was het pandrecht een beperkt zakelijk recht vanaf het tijdstip dat de praetor de pandhouder beschermde door hem de *actio Serviana* te geven, een zakelijke actie waarmee hij het bezit van het pand van eenieder kon opeisen.³⁸⁴ Die actie ontstond in de eerste eeuw voor Christus.³⁸⁵ Erkenning van het pandrecht vond plaats toen de ontwikkeling van een functioneel gedeeld eigendom naar een eigendom met daarnaast afzonderlijke ‘beperkte rechten’ grotendeels had plaatsgevonden.³⁸⁶ Kaser leidde uit dit feit echter niet af dat hij zijn stelling dat het pandrecht voortkwam uit een functioneel gedeeld eigendom moest prijsgeven. Hij zwakte de band tussen het pandrecht en de gedeelde eigendom enkel af:

‘Die Beziehung zum geteilten Eigentum ist aber beim Pfandrecht noch rudimentärer geblieben als beim ususfructus. Diesen beiden Rechten ist gemeinsam daß sie als “Rechtsfiguren” sui generis erst in der späteren Republik Gestalt angenommen haben, also in einer Zeit, die den Zugang zu den beschränkten Sachenrechten als Gegenstücke zum Eigentum bereits gefunden hat.’³⁸⁷

Kaser meende dat het pandrecht voortkwam uit een functioneel gedeeld eigendom, omdat volgens hem de pandhouder voorwaardelijk eigenaar werd van de hem verpande zaak. Indien de schuldenaar/pandgever zijn schuld niet voldeed, dan deelden de pandhouder en de pandgever niet langer de zaak, maar was de pandhouder voortaan alleen rechthebbende.³⁸⁸ Kaser schreef:

‘Wir haben gesehen, daß das Pfandrecht dem Berechtigten seit alters den Besitz, aber außerdem für den Fall der Nichtlösung eine Anwartschaft auf Befriedigung aus der Sache bot; in der älteren Zeit offenbar durch Verfall, so daß ihm die Verpfändung bereits ein bedingtes Eigentumsrecht verschaffte. Es ist denkbar, diese schon während der Laufzeit der Schuld bestehende Position, die durch gewisse Rechtswirkungen gesichert war, als Teilinhalte des Eigentums zu verstehen. Aus diesen Erwägungen habe ich angenommen, daß das Eigentum einmal zwischen Verpfänder und Pfandgläubiger funktionell geteilt war.’³⁸⁹

³⁸⁴ Zo ook bijvoorbeeld Kunkel/Mayer-Maly 1987, p. 205 (§ 81) en Wacke 1998-1, p. 190.

³⁸⁵ Zie daarover hiervoor p. 93.

³⁸⁶ Zo schreef Kaser: *‘Aber das Pfandrecht hat sich, wie gleichfalls feststeht, nur langsam entwickelt und den dinglichen Schutz erst auf einer Stufe erhalten, der die umfassende altrömische Eigentumsvorstellung bereits fremd geworden war.’* Zie Kaser 1982, p. 28 (= Kaser 1976, p. 260).

³⁸⁷ Zie Kaser 1982, p. 55 (= Kaser 1976, p. 287).

³⁸⁸ Zo ook Zimmermann 1996, p. 223.

³⁸⁹ Zie Kaser 1982, p. 25 (= Kaser 1976, p. 257). Hierbij maakte het volgens Kaser overigens niet uit of sprake was van een vervalpand of van een verpanding, waarbij de pandhouder de bevoegdheid kreeg de hem verpande zaak te verkopen om zich vervolgens op de opbrengst te verhalen. Kaser (Zie Kaser 1982, p. 56 = Kaser 1976, p. 288): *‘Was beim Pfandrecht über den bloßen Besitz hinausgeht, das ist die bedingte Anwartschaft des Gläubigers auf Eigentumserwerb für den Fall, daß das Pfand nicht gelöst wird; wobei es*

Daar kwam wat Kaser betreft bij dat de verpanding de bevoegdheden van de verpander beperkte.³⁹⁰ Zo was het een pandgever niet toegestaan een verpande slaaf vrij te laten.³⁹¹ Kaser leidde hieruit af dat het pandrecht, zoals dat in de loop van de tijd was geschapen door de praetor, de pandhouder mede-eigendom van de verpande slaaf gaf.³⁹²

*‘Wenn aber die zivilen Freilassungsarten auch durch nichtförmliche Verpfändung allgemein ausgeschlossen waren, liegt die Folgerung nahe, daß die Verpfändung insoweit auch vom ius civile beachtet wurde und dem Pfandgläubiger eine zivile Mitberechtigung am Sklaven gab, die unserer These vom geteilten Eigentum entgegenkäme.’*³⁹³

Kaser noemde nog een aantal voorbeelden van bevoegdheden, waarvan de pandgever volgens hem niet langer of niet op dezelfde wijze gebruik kon maken als gevolg van de verpanding. Zijn relaas over hoe verpanding de beschikkingsbevoegdheid van de pandgever aantastte, in die zin dat het de pandgever niet langer vrij stond de zaak aan een ander over te dragen, kan ik echter niet volgen.³⁹⁴ Aangezien het pandrecht zaaksgevolg had, deerde een overdracht van de verpande zaak de pandhouder niet. De pandhouder kon de *actio Serviana* instellen tegen eenieder, die het pand onder zich had. In meerdere teksten is ons het zaaksgevolg overgeleverd.³⁹⁵ Uit deze teksten volgt dat de pandgever wel degelijk in staat was het pand over te dragen, bijvoorbeeld:

keinen Unterschied macht, ob das Pfand dem Gläubiger einfach verfällt, oder ob er später aus der Verkaufsabrede zusätzlich verpflichtet wird, die Sache zu verkaufen und ein superfluum herauszugeben.’

³⁹⁰ Zie Kaser 1982, p. 26 en verder (= Kaser 1976, p. 258 en verder), met name onder V (p. 29 en verder). Kaser concludeerde (zie Kaser 1982, p. 56 = Kaser 1976, p. 288): *‘Man kann die Summe der dem Verpfänder genommenen und auf den Gläubiger übertragenen Befugnisse als eine Anhäufung von Eigentumselementen auffassen, auch wenn von dieser Denkweise kaum noch Spuren erhalten geblieben sind.’*

³⁹¹ Zie Kaser 1982, p. 32 (= Kaser 1976, p. 264). Dit was niet een uitvloeisel van de *Lex Aelia Sentia*, een wet uit het jaar 4 van keizer Augustus, die in bepaalde gevallen de vrijlating van een slaaf verbood (Zie Ankum & Hartkamp 1973, p. 203). Een vrijlating was onder meer nietig in geval van schuldeisersbenadeling, *fraus creditorum* (zie bijvoorbeeld Daalder 2014, p. 26). Ook buiten *fraus* om zijn ons echter gevallen overgeleverd waarin vrijlating van een verpande slaaf niet mogelijk was. Zie Schulz 1928, p. 263 en verder.

³⁹² Zie voor de praetorische oorsprong van het pandrecht hiervoor § 4.3. Wacke schreef zelfs (zie Wacke 1998-1, p. 175) dat het pandrecht tot in de naklassieke tijd *‘ein rein honorarrechtlich geschütztes Institut’* was. Hij voegde hieraan toe: *‘Das ius civile verweigerte ihm die Anerkennung.’*

³⁹³ Zie Kaser 1982, p. 32 (= Kaser 1976, p. 264).

³⁹⁴ Zie Kaser 1982, p. 35 en verder (= Kaser 1976, p. 267 en verder).

³⁹⁵ Zie hierna C. 8,27(28),12, een constitutie van Diocletianus en Maximianus. Zie verder bijvoorbeeld D. 13,7,18,2, een fragment afkomstig van Paulus. Paulus stelde in het negentiende boek van zijn commentaar op het Edict: *‘Si fundus pignoratius venierit, manere causam pignoris, quia cum sua causa fundus transeat: sicut in partu ancillae, qui post*

C. 8,13(14),15 [A.D. 293]

Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Basilidae. Debitorem neque vendentem neque donantem neque legantem vel per fideicommissum relinquentem posse deteriorem facere creditoris condicionem certissimum est. Unde si tibi obligatam rem probare posse confidis, pignora persequi debes.

De doorluchtige keizers Diocletianus en Maximianus aan Basilides. Het is volstrekt zeker dat een schuldenaar noch door verkoop [van de verbonden zaak] noch door schenking noch door te legateren of door een fideïcommissaire making de positie van de schuldeiser kan verslechteren. Indien u er daarom op vertrouwt te kunnen bewijzen dat de zaak jegens u als pand is verbonden, moet u de panden opeisen.

Diocletianus en Maximianus konden het niet duidelijker zeggen. Verpanding van een lichamelijke zaak leverde een recht op voor de pandhouder dat een eventuele overdracht door de verpander niet verhinderde. De koper kreeg de zaak overgedragen met het daarop rustende pandrecht. Dezelfde keizers schreven:

C. 8,27(28),12 [A.D. 293]

Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Zotico. Si debitor rem tibi iure pignoris obligatam te non consentiente distraxit, dominium cum sua causa transtulit ad emptorem.

De doorluchtige keizers Diocletianus en Maximianus en de mederegenten aan Zoticus. Als de schuldenaar de zaak die jegens u pandrechtelijk was verbonden, zonder uw toestemming heeft verkocht, heeft hij de eigendom met zijn daarop drukkende last op de koper overgedragen.

Uit de bronnen blijkt niet alleen dat pandgevers hun zaken konden overdragen, maar ook ontbreekt een reden om aan te nemen dat de verpander door de verpanding beschikkingsonbevoegd werd, zoals Kaser meende. Wacke schreef dan ook:

‘Kasers Denkfigur vom geteilten Eigentum ist für uns aus dem modernen deutschen Recht in Gestalt des Anwartschaftsrechts des Abzahlungskäufers unter Eigentumsvorbehalt (§ 455 BGB) durchaus vertraut. Eine angenommene Teilung der Eigentümerbefugnisse impliziert jedoch keineswegs ein Veräußerungsverbot zum Nachteil desjenigen, der sein Eigentum mit dem Anwartschaftsrecht belastet. Sein vorbehaltenes Eigentum kann der Veräußerer selbstverständlich weiter übertragen, unbeschadet des dem Erwerber verbleibenden Anwartschaftsrechts. Mit der Annahme eines von Rechtswegen existierenden Veräußerungsverbots steigerte Kaser seine Theorie vom geteilten Eigentum – ohne daß dies von ihrer Anlage her geboten wäre – zu ihrer äußersten Konsequenz. Quellenmäßige Anhaltspunkte gibt

venditionem natus sit. Vertaling: ‘Als een verpand perceel grond verkocht is, blijft de pandverhouding bestaan, omdat het stuk grond tezamen met zijn rechtstoestand overgaat. Het is hetzelfde geval als zich voordoet bij het kind van een slavin dat na de verkoop geboren is.’ Zie over de beschikkingsbevoegdheid van de pandgever na vestiging van het pandrecht Potjewijd 1998, p. 64 en verder. Zie Wacke 1998-1, p. 197.

*es für seine Hypothese nicht. Mit den gleich zu behandelnden Texten, welche dem Verpfänder seine Veräußerungsfreiheit belassen, ist seine Theorie vielmehr unvereinbar.*³⁹⁶

Kasers argumenten staven weliswaar niet zijn stelling dat het pandrecht voortkwam uit een functioneel gedeeld eigendom, maar toonden wel dat in het Romeinse recht de pandhouder en de verpander op een bepaalde manier de zaak deelden. Dat delen hield echter niet in dat de pandhouder voorwaardelijk eigenaar was van de zaak, want de zaak behoorde slechts toe aan de pandgever. De pandhouder had enkel een recht op de zaak, een *ius in re*.

Tegelijkertijd beïnvloedde de verpanding wel degelijk, zoals Kaser schreef, de bevoegdheden van de pandgever, aangezien hij niet steeds bevoegd was tot al hetgeen waartoe hij bevoegd zou zijn geweest, indien hij de zaak niet had verpand. Hij behield zijn bevoegdheden voor zover ze te verenigen waren met het zekerheidsrecht van de pandhouder. Zo mocht de pandgever een verpande slaaf niet zomaar vrijlaten.³⁹⁷ Verder mocht een pandgever een verpand stuk grond slechts in een aantal gevallen religieus wijden met als gevolg dat het aan het privaatrechtelijke rechtsverkeer was onttrokken.³⁹⁸ Eveneens was het voor een pandgever onmogelijk een verpande zaak op te eisen van de pandhouder met de revindicatie, indien deze met recht in het bezit was van de pandhouder. De pandhouder kon een dergelijke revindicatie afweren met een exceptie.³⁹⁹ Uit deze beperkingen en uit de bevoegdheden die de pandhouder kreeg, blijkt dat pandgever en pandhouder naast elkaar kwamen te staan. Hun beider rechtspositie bepaalde aan wie welke bevoegdheden toekwamen.

De Romeinse juristen plaatsten het recht van de beperkt gerechtigde, zoals de pandhouder, tegenover het alomvattende recht van de eigenaar, zo

³⁹⁶ Zie Wacke 1998-1, p. 196-197. Naast Wacke bekritiseerden ook anderen Kaser op dit punt, zie bijvoorbeeld Kunkel/Mayer-Maly 1987, p. 202 (§ 80): *‘Daher kann auch die Meinung von Kaser, die Verfügungsbeschränkungen des Verpfänders seien nicht auf ein ihm auferlegtes Verbot, sondern auf das Wesen des Pfandrechts zurückzuführen, nicht gefolgt werden. Die freilich unübersichtliche Quellenlage spricht eher dafür, daß dem Verpfänder die Verfügungsmöglichkeit nicht grundsätzlich, sondern nur durch Verabredung oder durch Übung genommen war.’* Het is naar mijn mening echter de vraag of een beding dat de overdraagbaarheid van de verpande zaak uitsloot goederenrechtelijke werking had. Veel is in dit kader geschreven over D. 20,5,7,2, een fragment van Marcianus. Een bespreking van dit fragment gaat het bestek van dit proefschrift te buiten.

³⁹⁷ Zie hiervoor p. 108.

³⁹⁸ Zie D. 11,7,2,9. Ingevolge dit fragment van Ulpianus mocht een verpand stuk grond enkel worden gebruikt om de pandgever te begraven of een familielid van de pandgever. Zie hierover Kaser 1982, p. 33 (= Kaser 1976, p. 265). Zie over deze kwestie ook Dernburg 1864, p. 17 en verder.

³⁹⁹ Zie over deze exceptie Wacke 1969, p. 375 en Kaser 1982, p. 30 (= Kaser 1976, p. 262). Wacke leidde het bestaan van de exceptie met name af uit D. 20,1,11,2, waarover hierna p. 133.

allesomvattend dat hij de zaak zelf had. In verschillende gevallen duiden de juristen het beperkte recht aan als *ius in re*, recht op een zaak en plaatsten zij de beperkt gerechtigde tegenover de eigenaar. Gaius schreef bijvoorbeeld wat betreft de stipulatie wegens dreigende schade het volgende.⁴⁰⁰

D. 39,2,19pr.

Gaius, *ad edictum praetoris urbani titulo de damno infecto*. Eorum, qui bona fide absunt, in stipulatione damni infecti ius non corrumpitur, sed reversis cavendi ex bono et aequo potestas datur, sive domini sint sive aliquid in ea re ius habeant, qualis est creditor et fructuarius et superficiarius.

Gaius, *Het Edict van de stadspraetor, in de titel over dreigende schade*. Waar het de stipulatie wegens dreigende schade betreft, worden de rechten van diegenen die te goeder trouw afwezig zijn, niet aangetast, maar zodra zij teruggekeerd zijn, wordt hun naar redelijkheid en billijkheid de gelegenheid gegeven een garantieverklaring af te leggen, of zij nu de eigenaren zijn dan wel een of ander recht op de zaak hebben, zoals bijvoorbeeld een pandcrediteur, een vruchtgebruiker en een opstalhouder.

Van Ulpianus is ons vrijwel dezelfde tekst overgeleverd.⁴⁰¹ Wubbe meende dat de Romeinse juristen *ius in re* niet technisch gebruikten, dat wil zeggen dat ze het begrip gebruikten zonder duidelijke tegenstelling tot andere rechten.⁴⁰² Feenstra sloot zich bij Wubbe aan en benadrukte dat de juristen rechten op zaken niet plaatsten tegenover rechten tegen personen. Feenstra wees er daarbij op dat de Romeinse juristen wel zakelijke acties tegenover persoonlijke acties stelden.⁴⁰³

Ik denk dat een aantal Romeinse juristen zoals Gaius en Ulpianus wel degelijk aan de wieg stond van een technisch gebruik van het begrip *ius in re*. Zij stelden de zakelijke rechten niet tegenover de persoonlijke rechten, zoals zij de zakelijke acties tegenover de persoonlijke acties stelden, maar plaatsten het *ius in re* tegenover het *dominium*, tegenover de allesomvattende heerschappij over de zaak. De allesomvattende heerschappij duiden ze aan met de term *dominium* of

⁴⁰⁰ Zie ook D. 9,4,30. Gaius schreef hetzelfde met betrekking tot de noxale acties: '*In noxalibus actionibus eorum qui bona fide absunt ius non corrumpitur, sed reversis defendendi ex bono et aequo potestas datur, sive domini sint sive aliquid in ea re ius habeant, qualis est creditor et fructuarius.*' Vertaling: 'Bij noxale acties worden de rechten van degenen die te goeder trouw afwezig zijn, niet aangetast, maar zodra zij teruggekeerd zijn, wordt hun naar redelijkheid en billijkheid de gelegenheid gegeven zich te verdedigen, of zij nu eigenaars zijn dan wel een of ander recht op de betreffende zaak hebben, zoals bijvoorbeeld een pandcrediteur of een vruchtgebruiker.'

⁴⁰¹ Zie D. 39,2,13,1.

⁴⁰² Zie Wubbe 1965, kolom 333 onder I.

⁴⁰³ Zie Feenstra 1979, p. 6-7.

proprietas, de – wat wij zouden noemen – beperkte rechten als *iura in re*.⁴⁰⁴ Feenstra en Wubbe hebben deze tegenstelling ook opgemerkt.⁴⁰⁵

Slechts weinigen zullen zich echter bewust zijn van dit onderscheid in het taalgebruik van de Romeinse juristen, omdat veel handboeken de beperkte rechten aanduiden als *iura in re aliena*, een term die echter pas in de Middeleeuwen opkwam.⁴⁰⁶ De toevoeging ‘*aliena*’ kan leiden tot verwarring bij de interpretatie van de Romeinse teksten. De toevoeging maakten de Romeinse juristen zelf niet en was wat hen betreft onjuist en overbodig. Het was onjuist om te spreken van andermans zaak, indien sprake was van een recht op een zaak van niemand, een *res nullius*.⁴⁰⁷ Zo kon iemand het vruchtgebruik hebben van een slaaf zonder eigenaar.⁴⁰⁸ Naast de gevallen waarin sprake was van een recht op een zaak van niemand, kon een recht op een zaak alleen maar een recht op de zaak van een ander zijn. Affolter schreef dan ook over de term *ius in re aliena*:

⁴⁰⁴ Zie Wubbe 1965, kolom 333/334 onder II.

⁴⁰⁵ Zie Feenstra 1979, p. 11 en Wubbe 1965, kolom 333/334. Zie met name de zojuist genoemde fragmenten van Gaius en Ulpianus. Voor meer teksten zie Feenstra 1979, p. 11. Meijers, de codicator van ons BW, kende dit onderscheid (zie Meijers 1966, p. 176): ‘*Il est notoire que le Corpus juris connaît bien la distinction entre l’actio in personam et l’actio in rem, mais non celle entre les jura in re et les jura in personam. Lorsque’ il est parfois dans le Corpus juris d’un jus in re, on entend par là un jus in re aliena.*’ Zie verder bijvoorbeeld Pugliese (Pugliese 1964, p. 757). Pugliese schreef met betrekking tot de zakelijke acties: ‘*si divideva in due tipi, secondo che enunciassero l’appartenenza all’attore di una cosa (<corporalem rem intendimus nostram esse> Gai 4,3) o la spettanza a lui di un ius (<ius aliquod nobis competere > Gai 4,3).*’ Sommige juristen probeerden aan de tegenstelling *dominium/iura in re* te ontsnappen door de fragmenten van Gaius en Ulpianus anders te interpreteren. Zo meende Van Hoek dat de term *ius in re* in de fragmenten niet vertaald zou moeten worden als recht op een zaak, maar als recht in die aangelegenheid, zie Van Hoek 1987, p. 20 nt. 5. Een dergelijke vertaling lijkt mij niet voor de hand liggen, gelet op het feit dat de genoemde fragmenten steeds het beperkte recht tegenover het *dominium* plaatsen. Deze tegenstelling volgt eveneens uit andere teksten, zie Feenstra 1979, p. 11.

⁴⁰⁶ De term *ius in re aliena* is niet afkomstig van de Romeinse juristen. Zie over de herkomst Feenstra 1989, p. 111 en verder.

⁴⁰⁷ Of een beperkt recht op een *res nullius* tot de mogelijkheden behoorde, vroeg bijvoorbeeld Buckland zich af; zie Buckland 1931, p. 143. Het antwoord op die vraag moet bevestigend luiden. Indien iemand bijvoorbeeld een waterleiding aanlegde over een stuk grond dat aan niemand toebehoorde, dan kon door verjaring een erfdienstbaarheid inhoudende een recht van waterleiding ontstaan.

⁴⁰⁸ Zie Ulpianus’ *Epitome* 1,19: ‘*Servus, in quo alterius est ususfructus, alterius proprietas, a proprietatis domino manumissus liber non fit, sed servus sine domino est.*’ Vertaling: ‘Een slaaf op wie de één een recht van vruchtgebruik, een ander een recht van eigendom heeft, wordt in geval van vrijlating door de bloot-eigenaar niet vrij, maar is dan slaaf zonder eigenaar.’ Tekst en vertaling afkomstig uit J.E. Spruit en K.E.M. Bongenaar, Het erfdeel van de klassieke Romeinse juristen III. Verzameling van prae-Justiniaanse juridische geschriften met vertaling in het Nederlands. Ulpianus, Papinianus en kleinere fragmenten, Zutphen: de Walburg Pers 1986, p. 15.

*‘In den Augen der Römer wäre dieser Ausdruck ein verwerflicher Pleonasmus.’*⁴⁰⁹

De toevoeging *aliena* kan leiden tot verwarring, omdat het bestaan van een recht op andermans’ zaak veronderstelt dat er ook zoiets bestaat als een recht op de eigen zaak. De Romeinse juristen behandelden het eigendomsrecht echter niet als *ius in re sua*, als recht op eigen zaak. De heerschappij van de eigenaar over de zaak werd aangeduid als *proprietas* of *dominium* en was zo allesomvattend als de heerschappij over een zaak kon zijn. De eigenaar had dan ook geen recht op de zaak nodig. Hij had de zaak zelf en kon diens gevolge bijvoorbeeld de vruchten van de zaak trekken. Ulpianus schreef:

D. 7,6,5pr.

Ulpianus, libro septimo decimo ad edictum. Uti frui ius sibi esse solus potest intendere, qui habet usum fructum, dominus autem fundi non potest, quia qui habet proprietatem, utendi fruendi ius separatim non habet: nec enim potest ei suus fundus servire (...).

Ulpianus, Het Edict XVII. In rechte beweren dat men het recht van gebruik en vruchttrekking heeft, kan alleen hij die het vruchtgebruik heeft. De eigenaar van het perceel grond kan dat niet, want wie de eigendom heeft, heeft niet afgescheiden daarvan een recht van gebruik en vruchttrekking; op zijn eigen perceel kan hij immers geen servituut hebben (...).

De zaak was en bleef van de eigenaar, ook als een ander een recht op zijn zaak verkreeg. Het Romeinse recht kende verschillende – wat wij zouden noemen – beperkte rechten. Ieder ‘beperkt recht’ gaf aan de gerechtigde een bepaalde bevoegdheid, of bepaalde bevoegdheden. De eigenaar had de zaak, de ‘beperkt gerechtigde’ een recht ten aanzien van de zaak. Ulpianus schreef met betrekking tot een erfdienstbaarheid:

D. 8,5,4pr.

Ulpianus, libro septimo decimo ad edictum. Loci corpus non est dominii ipsius, cui servitus debetur, sed ius eundi habet.

Ulpianus, Het Edict XVII. Aan degene aan wie de erfdienstbaarheid verschuldigd is, behoort niet de fysieke substantie van een plaats in eigendom toe, maar wel heeft hij het recht erover te gaan.

Zowel de eigenaar, als de ‘beperkt gerechtigde’ beschikte over een zakelijke actie, zoals ik reeds uitlegde in paragraaf 3.2. Gaius schreef:

Gaius’ Instituten 4,3

In rem actio est, cum aut corporelem rem intendimus nostram esse, aut ius aliquod nobis competere, velut utendi aut utendi

Een zakelijke actie is de actie waarbij wij als rechtsbewering stellen dat een lichamelijke zaak van ons is of dat ons een recht van bijvoorbeeld gebruik of vruchtgebruik, overpad, dreef of

⁴⁰⁹ Zie Affolter 1897, p. 8.

fruendi, eundi agendi aquamve ducendi vel altius tollendi prospiciendive; aut cum actio ex diverso adversario est negativa.	waterleiding, van uitzicht of om hoger te bouwen toekomt; of wanneer omgekeerd de wederpartij een actie ter ontkenning daarvan heeft.
--	---

Zo'n 'beperkt recht' rustte niet op het eigendomsrecht, maar op de zaak zelf. De eigenaar had immers de zaak zelf in zijn vermogen, niet een recht op de zaak. Gaius legde bijvoorbeeld uit dat het vruchtgebruik een op het perceel grond rustend recht is.⁴¹⁰ Celsus was dezelfde mening toegedaan. Hij schreef:

D. 7,1,2

Celsus, libro octavo decimo digestorum. Est enim usus fructus ius in corpore, quo sublato et ipsum tolli necesse est.

Celsus, Digesten XVIII. Het vruchtgebruik is namelijk een recht op een lichamelijke zaak: gaat deze teniet, dan gaat noodzakelijkerwijze ook het recht zelf teniet.

De Romeinse juristen maakten zich niet druk over een eventuele vereenzelviging van zaak en eigendomsrecht. De juristen hoefden zich hier niet druk over te maken, omdat een subjectief recht als het eigendomsrecht niet centraal stond in hun systeem. Het primaat lag bij de acties.⁴¹¹ In hun beleving had de eigenaar geen recht op de zaak, maar de zaak zelf in zijn vermogen. Zo schreef Paulus dat het vermogen uiteen viel in lichamelijke voorwerpen, rechten en vorderingen, toen hij uitlegde welke goederen onder de *Lex Falcidia* vielen.⁴¹²

D. 35,2,1,7

Paulus, libro singulari ad legem Falcidiam. Et omne quod ex bonis defuncti erogatur refertur ad hanc legem, sive in corpore constet certo

Paulus, De Lex Falcidia. En alles wat uit de goederen van de overledene wordt uitgedeeld, valt onder deze wet, om het even of het uit een lichamenlijk voorwerp, bepaald of onbepaald,

⁴¹⁰ Zie D. 46,1,70,2, Gaius, Verbintenissen door vormelijke bewoordingen I: '*Si reo in fundum obligato fideiussor in usum fructum accipiatur, quaesitum est, utrum obligetur fideiussor quasi in minus, an non obligetur quasi in aliud. Nobis in eo videtur dubitatio esse, usus fructus pars rei sit an proprium quiddam: sed cum usus fructus fundi ius est, incivile est fideiussorem ex sua promissione non teneri.*' Vertaling: 'Als de schuldenaar is verplicht tot de overdracht van een perceel grond en een borg is aangenomen voor de vestiging van een vruchtgebruik daarvan, is het de vraag of de borg gebonden wordt, omdat hij zagezegd tot minder verplicht is, dan wel niet gebonden wordt, omdat hij zagezegd tot iets anders verplicht is. Het komt ons voor dat de twijfel neerkomt op de vraag of het vruchtgebruik een deel van de zaak is of iets aparts. Welnu, aangezien het vruchtgebruik een op het perceel grond rustend recht is, is het rechtens onjuist om de borg niet aan zijn belofte te houden.' Zie over deze tekst van Gaius bijvoorbeeld Villey 1949, p. 434.

⁴¹¹ Zie hierover § 2.1.

⁴¹² De *Lex Falcidia* was een wet die bepaalde dat het een Romeins burger slechts was toegestaan tot driekwart van zijn vermogen te legateren. De erfgenamen moesten ten minste een vierde deel verkrijgen. Zie over deze wet in de Digesten titel 35,2.

incertove sive pondere numero
mensura valeat aut etiam si ius
legatum sit (ut usus fructus) aut
quod in nominibus est.

bestaat, of naar gewicht, getal of maat wordt
gewaardeerd, of ook als een [zakelijk] recht,
zoals een vruchtgebruik, is gelegateerd, of een of
andere vordering.

Pichonnaz drukte het zo uit:

*‘En droit romain classique le ‘droit de propriété’ ne faisant qu’un avec la chose, on ne pouvait pas parler de ius in re pour celui-ci. La propriété n’était ainsi pas comprise comme un ius. On n’avait pas un droit sur sa propre chose, on était propriétaire de la chose; la propriété n’était donc pas la somme des facultés sur une chose (ius utendi, fruendi, abutendi). En quelque sorte, la propriété n’existait que parce qu’une personne avait la chose dans son patrimoine.’*⁴¹³

Het recht dat de ‘beperkt gerechtigde’ kreeg op de zaak van de eigenaar was niet een afgesplitst deel van de zaak of van het recht van de eigenaar. De ‘beperkt gerechtigde’ kreeg geen deel van de zaak, maar een recht.⁴¹⁴ Zo schreef Papinianus:

D. 31,66,6

Papinianus, libro septimo decimo quaestionum. Fundo legato si usus fructus alienus sit, nihilo minus petendus est ab herede: usus fructus enim etsi in iure, non in parte consistit, emolumentum tamen rei continet (...).

Papinianus, Rechtsvragen XVII. Indien een perceel is gelegateerd en het vruchtgebruik aan een derde toebehoort, kan dit niettemin van de erfgenaam opgeëist worden; want hoewel het vruchtgebruik een recht en niet een aandeel in de zaak is, omvat het wel een voordeel van de zaak (...).

Dat recht, het *ius in re* was geen *pars dominii*. Paulus legde het zo uit:

D. 50,16,25pr.

Paulus, libro vicensimo primo ad edictum. Recte dicimus eum fundum totum nostrum esse, etiam cum usus fructus alienus est, quia usus fructus non dominii pars, sed servitutis sit, ut via et iter: nec falso dici totum meum esse, cuius non potest ulla pars dici alterius esse. Hoc et Iulianus, et est verius.

Paulus, Het Edict XXI. Met recht zeggen wij dat een perceel grond, ook wanneer een ander het vruchtgebruik ervan heeft, geheel aan ons toebehoort, omdat het vruchtgebruik geen bestanddeel van de eigendom, maar een dienstbaarheid is, net zoals het recht van weg en overpad. Het is immers niet onjuist te zeggen dat iets geheel aan mij toebehoort, wanneer van geen enkel deel ervan kan worden gezegd dat het aan een ander toebehoort. Ook Julianus zegt dit en het is inderdaad de meest juiste opvatting.

⁴¹³ Zie Pichonnaz 2004, p. 113.

⁴¹⁴ Zie over deze discussie bijvoorbeeld Villey 1949, p. 432 en verder.

Over dit fragment van Paulus is veel te doen geweest, omdat Paulus in een ander fragment het tegenovergestelde lijkt te hebben gezegd.⁴¹⁵ Dat fragment luidt als volgt:

D. 7,1,4

Paulus, libro secundo ad edictum. Usus fructus in multis casibus pars dominii est, et exstat, quod vel praesens vel ex die dari potest. **Paulus, Het Edict II.** Vruchtgebruik is in vele gevallen een deel van de eigendom en het staat vast dat het zowel met onmiddellijke ingang als ook met ingang van een bepaalde datum gegeven kan worden.

Zo op het eerste gezicht sprak Paulus zichzelf tegen, aangezien hij in het ene fragment een recht van vruchtgebruik aanmerkte als *pars dominii*, terwijl hij in het andere fragment nu juist schreef dat vruchtgebruik geen *pars dominii* is.⁴¹⁶ Ik denk dat Paulus dit laatste fragment schreef om te benadrukken dat een recht van vruchtgebruik net zoals het *dominium* overgedragen kon worden onder opschortende tijdsbepaling. Dit was voor Paulus één van de gevallen waarin het objectieve recht *dominium* en het recht van vruchtgebruik gelijkstelde. Paulus maakte duidelijk dat onder andere in dit opzicht het recht van vruchtgebruik gelijk was aan het eigendomsrecht en noemde het om die reden een soort *dominium* of een deel van het *dominium*, omdat het recht van vruchtgebruik in andere opzichten verschilde van het *dominium*. Een vruchtgebruiker had niet dezelfde bevoegdheden als een eigenaar. Zwalve schreef naar aanleiding van de tegenstrijdigheid in de twee fragmenten dat Paulus *pars dominii* in D. 7,1,4 ‘in een veel ontechnischer zin’ gebruikte:

‘Ik wil echter niet uitsluiten dat een duidelijk leerstellig georiënteerde jurist als Paulus zich incidenteel heeft bediend van logische begrippen teneinde aan te geven dat het vruchtgebruik niet mag worden opgevat als een *species* van het *genus* eigendom (*pars dominii*), maar (als “persoonlijke” dienstbaarheid) van het *genus* dienstbaarheid (*servitus*), terwijl hij zich elders (bijvoorbeeld in D. 7,1,4) in een veel ontechnischer zin kan hebben uitgelaten en wel in de zin dat vruchtgebruik lijkt op eigendom.’⁴¹⁷

Het andere fragment, ons bekend als D. 50,16,25, schreef Paulus juist om te benadrukken dat de *iura in re* tegenover het *dominium* stonden en daar geen deel van uitmaakten, zoals uit de teksten die ik hiervoor behandelde reeds bleek. Hij die een ‘beperkt recht’ verkreeg, kreeg niet een van het *dominium* afgesplitste

⁴¹⁵ Zie Zwalve 2006-1, p. 77.

⁴¹⁶ Vanzelfsprekend hebben rechtsgeleerden uit deze tegenstrijdigheid de conclusie getrokken dat sprake was van een interpolatie in één van beide fragmenten. Zie Zwalve 2006-1, p. 78. Zwalve meende dat hier geen sprake was van een interpolatie.

⁴¹⁷ Zie Zwalve 2006-1, p. 78.

bevoegdheid. De gehele zaak bleef de eigenaar toebehoren. Een ander kreeg een *ius in re* op de zaak naast de eigenaar. De ‘beperkt gerechtigde’ kreeg op grond van zijn recht op de zaak bepaalde bevoegdheden ten aanzien van de zaak. De eigenaar behield zijn bevoegdheden voor zover ze te verenigen waren met het recht dat de ‘beperkt gerechtigde’ had op zijn zaak.

Een beperkt recht was geen afsplitsing van het eigendomsrecht, alleen al omdat een beperkt recht niet steeds een bevoegdheid afsplitste van de eigendom. Zo weerhield de vestiging van een recht van overpad een eigenaar er niet van zelf over zijn erf te gaan. De eigenaar moest enkel de buurman met een recht van overpad op zijn erf dulden.

Het feit dat een eigenaar in bepaalde gevallen de mogelijkheid had zich in geval van overdracht een ‘beperkt recht’ voor te behouden doet niet af aan de stelling dat een ‘beperkt recht’ geen afsplitsing van de eigendom was, maar een op zichzelf staand recht op een zaak dat bepaalde bevoegdheden gaf ten aanzien van die zaak. Het voorbehouden van een ‘beperkt recht’ was namelijk enkel mogelijk bij een aantal wijzen van eigendomsoverdracht en zelfs dan was het niet zo dat de vervreemder als het ware een aantal bevoegdheden van zijn recht afsplitste bij de overdracht. Zoals ik zal uitleggen, blijkt uit de teksten dat vestiging van het beperkte recht dat de vervreemder zich voorbehold, plaatsvond door de verkrijger. Hoewel de juristen spreken van het aftrekken of het voorbehouden van een recht, was hier in werkelijkheid geen sprake van. Onder meer Gaius besprak de overdracht onder voorbehoud van een ‘beperkt recht’:

Gaius’ *Instituten* 2,33

Quod autem diximus usumfructum in iure cessionem tantum recipere, non est temere dictum, quamvis etiam per mancipationem constitui possit eo, quod in mancipanda proprietate detrahi potest; non enim ipse ususfructus mancipatur, sed cum in mancipanda proprietate detrahi potest; non enim ipse ususfructus mancipatur, sed cum in mancipanda proprietate deducatur, eo fit ut apud alium ususfructus, apud alium proprietas sit.

Onze uitspraak dat het vruchtgebruik alleen voor vestiging⁴¹⁸ ten overstaan van de magistraat vatbaar is, is niet zo maar gedaan. Dit ondanks het feit dat het ook door *mancipatio* kan worden gevestigd en wel doordat het bij *mancipatio* van de eigendom voorbehouden kan worden. Dan wordt immers niet het vruchtgebruik zelf overgedragen, maar als gevolg van het feit dat het bij de overdracht van de eigendom wordt voorbehouden, berust voortaan het vruchtgebruik bij de een en de eigendom bij de ander.

Gaius legde uit dat een eigenaar de mogelijkheid had om zich het vruchtgebruik voor te behouden bij een overdracht door middel van *mancipatio*. Het bestaan van deze mogelijkheid was bijzonder praktisch: het scheelde de opvoering van een

⁴¹⁸ Spruit vertaalde *in iure cessio* met overdracht. Gelet op de inhoud van het fragment lijkt vestiging mij de aangewezen vertaling.

afzonderlijk schijnproces na de *mancipatio*, aangezien voor de vestiging van een vruchtgebruik een *in iure cessio* nodig was.⁴¹⁹ Het betekent echter niet dat de juristen in Gaius' tijd het recht van vruchtgebruik zagen als een deel van de eigendom, dat de eigenaar van zijn recht kon afsplitsen. Of het mogelijk was om een recht van vruchtgebruik voor te behouden was afhankelijk van de wijze van eigendomsoverdracht. De wijze van eigendomsoverdracht en niet het karakter van het recht van vruchtgebruik als afsplitsing van de eigendom was bepalend. Dernburg merkte dan ook op:

*‘Wäre die Reservation Rückhaltung eines Theils der Eigenthumsbefugnisse, dann ließe sich nicht begreifen, warum bei einer Eigenthumsübertragung durch Tradition eine theilweise Erhaltung bestehender Befugnisse unmöglich sein sollte.’*⁴²⁰

Het was namelijk onmogelijk de zaak over te dragen onder voorbehoud van een recht van vruchtgebruik in geval van een overdracht door middel van bezitsverschaffing, *traditio*. Zo schreef Paulus met betrekking tot het vruchtgebruik:

Fragmenta Vaticana 47a

Paulus, *Handboek I*⁴²¹

Potest constitui et familiae erciscundae vel communi dividundo iudicio legitimo. In re nec Mancipi per traditionem deduci usus fructus non potest nec in homine, si peregrino tradatur; civili enim actione constitui potest, non traditione, quae iuris gentium est.

Het kan ook gevestigd worden in een wettelijke procedure tot boedelscheiding of ter verdeling van een gemeenschappelijk goed. Ten aanzien van *res nec Mancipi* kan bij bezitsverschaffing geen vruchtgebruik voorbehouden worden, en evenmin in het geval dat een slaaf aan een vreemdeling wordt overgedragen; want slechts door een actie gebaseerd op het *ius civile* kan vruchtgebruik gevestigd worden en niet door de bezitsverschaffing die tot de sfeer van het *ius gentium* behoort.

Het voorbehouden van een recht van vruchtgebruik was enkel mogelijk, indien sprake was van *mancipatio*, *in iure cessio* of een legaat *per vindicationem*. Paulus:

⁴¹⁹ Zie Dernburg 1860, p. 277 en Jansen 2008, p. 79-80.

⁴²⁰ Zie Dernburg 1860, p. 278.

⁴²¹ De tekst en de vertaling van dit fragment is afkomstig uit J.E. Spruit en K.E.M. Bongenaar, *Het erfdeel van de klassieke Romeinse juristen IV. Fragmenta Vaticana, Collatio, Consultatio, Scholia Sinaïtica, Probus*, Zutphen: De Walburg Pers 1987, p. 29.

Fragmenta Vaticana 47

Paulus, *Handboek I*⁴²²

Per mancipationem deduci usus fructus potest, non etiam transferri. Per do lego legatum et per in iure cessionem et deduci et dari potest.

Bij *mancipatio* kan vruchtgebruik wel voorbehouden, maar niet overgedragen worden. Door middel van het legaat met zakelijke werking en door middel van overdracht ten overstaan van de magistraat kan het zowel voorbehouden als gegeven worden.

Paulus verklaarde het feit dat bij de *traditio* het voorbehouden van een vruchtgebruik onmogelijk was doordat de *traditio* niet tot het *ius civile* hoorde, maar tot het *ius gentium*. Een recht van vruchtgebruik vestigen moest op een door het *ius civile* voorgeschreven wijze.

Vestiging van een vruchtgebruik geschiedde vaak bij vindicatielegaat, omdat het vruchtgebruik van oudsher diende ter verzorging van bepaalde personen voor de duur van hun leven, bijvoorbeeld ter verzorging van de echtgenote die achter bleef bij het overlijden van de erflater.⁴²³ In geval van overlijden van de erflater verkreeg de legataris het vruchtgebruik op grond van het vindicatielegaat. De legataris kreeg een *ius in re* op de in vruchtgebruik gegeven zaak. De zaak zelf behoorde toe aan de erfgenaam. De erfgenaam was bloot eigenaar van de zaak.⁴²⁴ Paulus schreef weliswaar dat door middel van het vindicatielegaat een recht van vruchtgebruik kon worden voorbehouden, maar van een werkelijk voorbehoud was geen sprake, aangezien het legaat pas werkte op het moment van overlijden van degene, die het had opgesteld. Hij behield zich niet het vruchtgebruik voor, maar bepaalde dat het vruchtgebruik toekwam aan een ander dan de zaak zelf. Zijn erfgenaam kreeg de zaak, een ander het vruchtgebruik.

Voorbehoud van een vruchtgebruik geschiedde verder bij *mancipatio* of bij *in iure cessio*. Zowel *mancipatio*, als *in iure cessio* was een soort schijnproces.⁴²⁵ In geval van *mancipatio* ging de eigendom over door het verrichten van het vereiste ritueel. De verkrijger moest beweren dat de zaak aan hem toekwam en dat hij de zaak had gekocht. De vervreemder sprak deze bewering niet tegen, waardoor – indien aan de overige vormvereisten was voldaan – de overdracht een feit was. Het ritueel bood, zo vermoed ik, de mogelijkheid aan de verkrijger om

⁴²² Zie de vorige noot voor de tekst en de vertaling van dit fragment.

⁴²³ Zie Kaser 1971 (RP I), p. 448 (§ 106).

⁴²⁴ De term *nuda proprietas* hanteerde bijvoorbeeld Gaius, zie Gaius' *Instituten* 2,30.

⁴²⁵ Gaius sprak in geval van de *mancipatio* van een schijnverkoop, zie Gaius' *Instituten* 1,119. Zie over de *mancipatio* Wolf 1998, p. 505 en verder (= Wolf 2015, p. 115 en verder). Wolf betoogde met betrekking tot de *mancipatio* (zie Wolf 2015, p. 120): '*Ihr Ritual symbolisiert nicht Rechtserwerb, sein Thema ist vielmehr Rechtsbehauptung; mit dem, was er spricht und tut, begründet der Erwerber keine Rechtsherrschaft, sondern bekundet, daß er sie hat.*' Zie in dezelfde zin Manthe 2016, p. 19.

te beweren dat de eigendom hem toekwam en dat het recht van vruchtgebruik toebehoorde aan de vervreemder. In geval van *in iure cessio* was het de magistraat, die het recht toewees. *In iure cessio* was een vergelijkbare schijnvoorstelling. Deze beide wijzen van eigendomsoverdracht verschilden van *traditio*. In geval van *traditio* werd de zaak overgedragen door bezitsverschaffing. Dit bood niet de mogelijkheid de zaak te verkrijgen en tegelijkertijd een recht van vruchtgebruik te vestigen ten behoeve van de vervreemder.

Indien een vervreemder zich een ‘beperkt recht’ voorbehiel ten tijde van de overdracht bleek bovendien dat het beperkte recht dat hij verkreeg geen afgesplitst deel was van zijn voormalige eigendomsrecht. De vestiging vond namelijk plaats door de verkrijger van de zaak. De vervreemder kon vóór de overdracht geen ‘beperkt recht’ op zijn eigen zaak vestigen.⁴²⁶ Ná de overdracht was hij beschikkingsonbevoegd. Dat de vestiging van een ‘beperkt recht’ aan de verkrijger was, blijkt bijvoorbeeld uit een fragment van Ulpianus, waarin land werd gekocht door iemand, die nog geen 25 jaar oud was. De verkoper had bedongen dat het land hem verpand zou zijn, totdat hij de koopprijs betaald had gekregen. Een jongeling was echter niet bevoegd een pandrecht te vestigen op het land zonder toestemming van de praetor, zo volgde uit de *oratio Severi* van 195 na Chr., een redevoering van keizer Alexander Severus in de senaat. Het pandrecht kwam in het geval dat Ulpianus behandelde dientengevolge niet tot stand:

D. 27,9,1,4

Ulpianus, *libro trigesimo quinto ad edictum*. Si minor viginti quinque annis emit praedia, ut, quoad pretium solveret, essent pignori obligata venditori, non puto pignus valere: nam ubi dominium quaesitum est minori, coepit non posse obligari.

Ulpianus, *Het Edict XXXV*. Indien iemand onder de 25 jaar percelen koopt in dier voege dat deze jegens de verkoper als pand verbonden zouden zijn totdat hij de koopprijs zou betalen, is de pandovereenkomst naar mijn mening niet geldig. Want vanaf het moment waarop voor een minderjarige eigendom verworven is, kan dit niet als pand verbonden worden.

Thibaut merkte naar aanleiding van deze tekst dan ook het volgende op.⁴²⁷

‘Der Vormund eines Mündels kaufte, ohne obrigkeitliche Zustimmung, ein Grundstück, woran sich der Verkäufer eine Hypothek vorbehielt. Wäre nun diese Reservation das gewesen, was der Buchstabe ausspricht, so hätte man nicht davon reden können, daß der Vormund etwas veräußert habe, sondern nur davon, daß etwas Beschränktes erworben sei. Dagegen erklärt sich aber Ulpianus mit Recht. Die Hypothek fängt erst an, wenn die Sache Eigenthum des Mündels geworden ist, aber dann hat der Vormund keine Macht mehr, einseitig ein Pfandrecht zu bewilligen!’

⁴²⁶ Zo schreef Paulus met betrekking tot erfdienstbaarheden dat aan niemand een erfdienstbaarheid op zijn eigen zaak kon toekomen, zie D. 8,2,26 en D. 7,6,5pr., waarover p. 113.

⁴²⁷ Zie Thibaut 1814, p. 320.

De compilatoren van het *Corpus Iuris* plaatsten direct volgend op het fragment van Ulpianus een hierop aansluitend fragment van Paulus:

D. 27,9,2

Paulus, libro singulari ad orationem divi Severi. Sed hic videtur illud movere, quod cum dominio pignus quaesitum est et ab initio obligatio inhaesit. Quod si a fisco emerit, nec dubitatio est, quin ius pignoris salvum sit. Si igitur talis species in privato venditore inciderit, imperiali beneficio opus est, ut ex rescripto pignus confirmetur.

Paulus, Een rede van de vergoddelijkte Severus. In dit geval lijkt evenwel het feit dat het pandrecht tezamen met de eigendom verworven is en dat de pandverbintenis van meet af aan daaraan vastgezeten heeft, tot een andere zienswijze te leiden. Indien hij van de keizerlijke schatkist gekocht heeft, staat het buiten kijf dat het pandrecht onverlet blijft. Indien zich nu een dergelijk geval ten aanzien van een particuliere verkoper voorgedaan heeft, is een keizerlijke voorrangsregeling nodig, in die zin dat het pandrecht op grond van een rescript bekrachtigd wordt.

Sintenis meende dat dit fragment geschreven was met ‘*Paulianischer Dunkelheit*’.⁴²⁸ Sintenis doelde hierbij ongetwijfeld op het begin van het fragment, waarin Paulus een uitzondering lijkt te maken voor een pandrecht dat is bedongen door degene die de eigendom overdroeg aan iemand onder de 25 jaar.⁴²⁹ Uit het vervolg van het fragment blijkt echter dat Paulus niet zo ver wilde gaan dat degene die bereid was het goed over te dragen zonder dat hem de koopprijs reeds was betaald, een pandrecht kreeg. Paulus concludeerde in overeenstemming met de beschermingsgedachte die ten grondslag lag aan de *oratio Severi* en in overeenstemming met het voorgaande fragment van Ulpianus dat een pandrecht bedongen

⁴²⁸ Zie Sintenis 1836, p. 215, nt. 3.

⁴²⁹ Paulus had een dergelijk standpunt wellicht kunnen verdedigen door een onderscheid te maken tussen twee gevallen. In het eerste geval had iemand onder de 25 jaar reeds een goed in eigendom en wilde daarop een pandrecht vestigen. Paulus had kunnen betogen dat de bescherming van de *oratio Severi* voor dat geval was bedoeld. Een ander geval – zo had hij kunnen stellen – was het geval waarin iemand onder de 25 jaar geen eigenaar was van het goed, maar het goed overgedragen kon krijgen, mits hij een pandrecht vestigde op dat goed ten behoeve van degene die hem het goed overdroeg. Het geval doet denken aan de regeling, die gold voor iemand, die geld uitleende teneinde de wederopbouw van een gebouw mogelijk te maken. Het Romeinse recht gaf degene die het geld beschikbaar had gesteld bescherming in de vorm van een wettelijk voorrecht, het *privilegium exigendi*. Een voorrecht was minder sterk dan een pandrecht. Zie over dit voorrecht bijvoorbeeld D. 12,1,25, D. 42,3,1 en D. 42,5,24,1. Uit die laatste tekst blijkt dat het *privilegium exigendi* teruggaat op Marcus Aurelius. Zie hierover bijvoorbeeld Kaser 1971 (RP I), p. 466 (§ 110) en Wieling 1988, p. 279 en verder. Paulus had de *oratio Severi* zo kunnen interpreteren dat deze enkel zag op het verpanden van een goed dat reeds toebehoorde aan iemand onder de 25 jaar. Hij had kunnen betogen dat de *oratio* niet zag op het geval waarin iemand onder de 25 jaar een goed enkel kon verkrijgen in ruil voor – onder meer – een pandrecht, omdat het toestaan van een pandrecht in dat geval ertoe leidde dat iemand onder de 25 jaar het goed in zijn vermogen kreeg.

particuliere verkoper enkel geldig is, indien de keizer dit bepaalde. In de plaats van de toestemming van de praetor plaatste Paulus het rescript van de keizer. Büchel schreef naar aanleiding van deze opmerking van Paulus dat door een bepaling van de keizer '*freilich in jure Alles möglich wurde*'.⁴³⁰

Tegelijkertijd maakte Paulus een uitzondering voor een goed dat iemand die nog geen 25 jaar was van de keizerlijke schatkist kocht. In dat geval kwam het pandrecht wel tot stand. De achtergrond van deze uitzondering was gelegen in het feit dat het pandrecht in dat geval een wettelijk pandrecht was.⁴³¹ Een dergelijk pandrecht kwam tot stand op grond van de wet. Toestemming van de praetor of van de keizer was dan overbodig. Faber gaf het verschil tussen de particuliere verkoper en de fiscus weer: '*Lex enim operatur in instanti, non etiam homo*', oftewel 'Want de wet werkt op één en hetzelfde ogenblik, niet echter de mens.'⁴³²

Kortom, de Romeinse juristen plaatsten de 'beperkte rechten' als *iura in re* tegenover het *dominium* en beschouwden een 'beperkt recht' niet als een afgesplitst deel van het *dominium*. Het *dominium* was de allesomvattende heerschappij over de zaak en deze heerschappij duiden de Romeinen niet aan als *ius*.⁴³³ Het was geen optelsom van verschillende bevoegdheden ten aanzien van de zaak. De eigenaar had de zaak, een ander slechts een recht op de zaak.

5.2 Het 'beperkte recht' als onlichamelijke zaak

Een 'beperkt gerechtigde' had in zijn vermogen een recht op een zaak, een *ius in re*. Gaius duidde een recht aan als onlichamelijke zaak.⁴³⁴ Hij gaf als voorbeeld het recht van vruchtgebruik. De eigenaar van de in vruchtgebruik gegeven zaak had de zaak zelf in zijn vermogen, de vruchtgebruiker het recht van vruchtgebruik. De eigenaar had een lichamelijke zaak in zijn vermogen – aangenomen dat het een lichamelijke zaak was, die in vruchtgebruik was gegeven –, de vruchtgebruiker een onlichamelijke zaak. Een vermogen bestond niet, zoals bij ons, uit subjectieve rechten, maar uit lichamelijke en onlichamelijke zaken. Deze overzichtelijkheid bereikte Gaius door van beperkte rechten en vorderingsrechten zaken te maken. Villey zei dan ook terecht:

*'L'ius est une res, c'est à dire une institution (res) purement abstraite et iuridique (incorporalis).'*⁴³⁵

⁴³⁰ Zie Büchel 1833, p. 79.

⁴³¹ Zie Sintenis 1836, p. 215. Zie Faber ed. 1607, p. 1014 en verder.

⁴³² Zie Faber ed. 1607, p. 1014.

⁴³³ Zie Kaser 1949, p. 97.

⁴³⁴ Zie Gaius' *Instituten* 2,12-14. Zie hiervoor p. 37. Zie over Gaius' onderscheid § 3.3.1.

⁴³⁵ Zie Villey 1957, p. 212 (= Villey 2002, p. 181).

Juristen die zijn grootgebracht met het idee dat een vermogen enkel bestaat uit subjectieve rechten hebben het moeilijk met Gaius' actie. Gaius heeft door de tijd heen dan ook heel wat verwijten gekregen.⁴³⁶ Zo schreef Kreller dat Gaius een 'säkulare Verwirrung' veroorzaakte. De basis voor zijn indeling was verkeerd:

*“„Greifbare“ Dinge einerseits und Machtspositionen rechtlichen Inhalts – res quae (in) iure consistunt – andererseits sind schlechterdings keine kommensurablen Größen und daher als Grundlage einer Einteilung unbrauchbar.”*⁴³⁷

Verder verweet bijvoorbeeld Kaser Gaius een zaaksbegrip 'von unfruchtbarer Weite' ingevoerd te hebben.⁴³⁸ Hij weet deze invoering aan Gaius' indeling in personen, zaken en acties. Die indeling was enkel mogelijk door de hantering van zo'n breed zaaksbegrip. Volgens Kaser probeerde Gaius dit brede zaaksbegrip hanteerbaar te maken door lichamelijke en onlichamelijke zaken te onderscheiden. Kaser was kritisch over dit onderscheid:

*‘Denn einerseits meint res corporales die körperlichen Sachen nur insoweit, als sie Gegenstand des Eigentums und damit gleichfalls eines subjektiven Rechtes sind. Andererseits können auch die sonstigen Rechtsobjekte, die Gaius als unkörperliche begreift, und zu denen er ja auch hereditas, ususfructus und iura praediorum zählt, aus oder an körperlichen Sachen bestehen. Immerhin hat diese logisch bedenkliche Scheidung in Sachen und Rechte Schule gemacht und herrscht noch in der heutigen Gesetzgebung.’*⁴³⁹

De kritiek van Romanisten als Kreller en Kaser was niet nieuw. Een eeuw eerder hadden in Duitsland verschillende Pandektisten dezelfde gedachten geuit. De Pandektisten zagen het recht als systeem.⁴⁴⁰ Zij probeerden de begrippen waaruit het systeem was opgebouwd helder te krijgen. Centraal in hun systeem stond het subjectieve recht.⁴⁴¹ Het belangrijkste subjectieve recht was het eigendomsrecht. De Pandektisten vroegen zich af waar het eigendomsrecht thuishoorde in Gaius' onderscheid in lichamelijke en onlichamelijke zaken, omdat Gaius het niet noemde.

Verskillende Pandektisten meenden dat Gaius zaak en eigendomsrecht vereenzelvigde.⁴⁴² Zo schreef Dernburg:

⁴³⁶ Zie voor kritische geluiden de verwijzingen bij Pflüger 1947, p. 339-340.

⁴³⁷ Zie Kreller 1948, p. 585.

⁴³⁸ Zie Kaser 1953, p. 142.

⁴³⁹ Zie Kaser 1953, p. 142-143.

⁴⁴⁰ Zie over de pandektistiek bijvoorbeeld Lokin 1994, p. 126 en verder en C.J.H. Jansen 2010, p. 13 en verder.

⁴⁴¹ Zie bijvoorbeeld Hoop 1992, p. 125.

⁴⁴² De gedachte dat Gaius zaak en eigendomsrecht vereenzelvigde bleef niet beperkt tot de Pandektisten. Zie voor een moderner voorbeeld van een dergelijke vereenzelviging Nicholas 1962, p. 107. Nicholas schreef over de Gaiaanse dichotomie: 'It is a convenient

*‘Indem man die körperlichen Dinge als Vermögensbestandtheile bezeichnet, meint man im Grunde das Eigenthumsrecht an denselben. Man identificirt dabei das Eigenthumsrecht mit der Sache, da es dieselbe total umspannt. Es wird also wie etwas körperliches aufgefaßt, obgleich es in Wahrheit wie jedes andere Recht nur in der Idee besteht.’*⁴⁴³

Windscheid ging van dezelfde vereenzelviging uit. De overige vermogensrechten werden als onlichamelijke zaak aangeduid, omdat ze enkel bestaan in de voorstelling van de geest en niet in de lichamelijke werkelijkheid:

*‘Ein sehr gewöhnlicher, im Leben entstandener, aber vom Rechte festgehaltener Sprachgebrauch nennt statt des Eigenthumsrechts die Sache, an welcher es stattfindet. Auf diesem Wege weiter gehend denkt man sich auch die übrigen Vermögensrechte, d.h. die Rechte an fremden Sachen und die Forderungsrechte, insofern auch sie Vermögensbestandtheile sind, als Sachen, und nennt sie, da sie nur in der Vorstellung, nicht in körperlicher Wirklichkeit existiren, gegenüber den körperlichen Sachen unkörperliche Sachen.’*⁴⁴⁴

Dernburg en Windscheid interpreteerden het onderscheid dat Gaius maakte tussen lichamelijke en onlichamelijke zaken zo dat het enkel zag op subjectieve rechten. In hun ogen plaatste Gaius het eigendomsrecht tegenover de ‘beperkte rechten’ en de vorderingsrechten. Voor zaken bleef in hun interpretatie geen plaats. Windscheid kon dan ook concluderen:

*‘In der Eintheilung der res in res corporales und incorporales bezeichne res Rechte.’*⁴⁴⁵

Ook Brinz viel het op dat Gaius het eigendomsrecht niet noemde als voorbeeld van een onlichamelijke zaak. Brinz meende dat Gaius de eigendom in de vorm van de zaak tot het vermogen rekende:

‘Erscheint gleichwohl das Eigenthum nicht unter den res incorporales, während jura in re und actiones unter denselben erscheinen, so liegt der Grund darin, daß der Eigenthümer nicht blos ein Recht an der Sache, sondern die Sache selbst hat, daß der Werth des Eigenthums mit dem der Sache zusammenfällt, und das

distinction, and it certainly corresponds to the way we speak – a man will say that he has bought one plot of land, a right of way over a second, and an option on a third – but on strict examination it is illogical. It identifies ownership with the object owned. The strictly comparable statement to “I have bought a right of way over a plot of land” is not “I have bought a plot of land” but “I have bought the ownership of a plot of land”. In each case I have acquired the right.’

⁴⁴³ Zie Dernburg 1896, p. 160 (§ 67).

⁴⁴⁴ Zie Windscheid 1887, p. 109 (§ 42).

⁴⁴⁵ Zie Windscheid 1887, p. 109 (§ 42), nt. 5.

*Eigenthum in Gestalt der Sache dem Vermögen beigezählt wird, während derjenige der bloß ein jus in re, oder eine bloße Forderung auf Sachen hat, nichts außer diesem seinem Rechte "hat" und so denn auch nur dieses als "Habe" in Betracht kommen kann.*⁴⁴⁶

Volgens Brinz had de eigenaar de zaak en het eigendomsrecht dat daarmee samenviel. De andere gerechtigden hadden enkel hun recht. Het grote verschil tussen de Pandektisten en Gaius is dat Gaius' rechtswereld een wereld was waarin de acties centraal stonden.⁴⁴⁷ Het begrip subjectief recht speelde geen ordenende rol, zoals bij de Pandektisten. Gaius ging dan ook niet van het subjectieve recht uit toen hij het onderscheid maakte. Hij hoefde zich dientengevolge niet druk te maken om de plaats van het eigendomsrecht.⁴⁴⁸ In zijn beleving had een eigenaar de zaak in zijn vermogen. Gaius zag meer van waarde en noemde de andere vermogensbestanddelen onlichamelijke zaken. De onlichamelijke zaken waren niet tastbare zaken, die van waarde waren in het rechtsverkeer, namelijk 'beperkte rechten' en vorderingsrechten. Deze behoorden evenzeer toe aan iemand als lichamelijke zaken. Ze waren juridisch van nature, want ze bestonden enkel in rechte. Een vordering behoorde op dezelfde manier toe aan de schuldeiser als bijvoorbeeld een lichamelijke zaak aan zijn eigenaar. Birks wees erop dat volgens Gaius:

*'The relationship between a man and his ius obligationis (ie a right in personam) was conceptually the same meum esse as between a man and his ius utendi fruendi or between a man and his horse: the difference lay in the asset owned, not in the relationship between the person and the asset.'*⁴⁴⁹

Giglio verweet Birks, dat hij Gaius ten onrechte zo interpreteerde dat een Romein eigenaar kon zijn van zowel lichamelijke zaken, als van onlichamelijke zaken. Giglio schreef:

*'Thus, Gaius, for Birks, would have conceived a system in which there is ownership of corporeal things and ownership of rights.'*⁴⁵⁰

Naar mijn mening bedoelde Birks enkel dat onlichamelijke zaken op dezelfde wijze deel uitmaakten van het vermogen van een Romein, als lichamelijke zaken.

⁴⁴⁶ Zie Brinz 1873, p. 452 (§ 124).

⁴⁴⁷ Zie hiervoor § 2.1.

⁴⁴⁸ Zie bijvoorbeeld Hoop 1992, p. 125 en Pichonnaz 2004, p. 112.

⁴⁴⁹ Zie Birks 1985, p. 27. Giglio liet zich kritisch uit over de theorie van Birks, zie Giglio 2012, p. 15 en verder.

⁴⁵⁰ Zie Giglio 2012, p. 21. Giglio doelde hierbij vanzelfsprekend ook op de vorderingen, zie Giglio 2013, p. 149: *'It follows from Birks' theory that even obligations were for Gaius things that could be the object of ownership.'*

Birks duidde het toebehoren aan als *meum esse*.⁴⁵¹ Het vruchtgebruik van een bepaalde zaak kon toebehoren aan een persoon, net zoals een lichamelijke zaak kon toebehoren aan een persoon. Zowel lichamelijke, als onlichamelijke zaken behoorden een Romein toe. Birks concludeerde dat de inhoud van het *meum esse*, dat hij ook wel aanduidde als *ownership*, de zaak is:

*‘Incorporeal things need explaining. You need to know the content of usufruct, via, actus, aquaeductus and so on. As for the nature of farms and cows, you could be taken to know it without being told.’*⁴⁵²

De term *ownership* voor het toebehoren in het algemeen kan verwarrend werken, maar is niet onromeins, aangezien ook de Romeinse juristen in een aantal gevallen het begrip *dominium* zo ruim opvatten. Windscheid merkte zelfs op:

*‘Der Ausdruck dominium wird aber auch im weiterem Sinne für die zivilrechtliche Zuständigkeit eines Rechts überhaupt gebraucht.’*⁴⁵³

Julianus schreef bijvoorbeeld over het *dominium* in het kader van een recht van vruchtgebruik. Julianus behandelde een geval waarin iemand enkel het bezit van een vruchtgebruik had gekregen, niet het vruchtgebruik zelf. Julianus onderscheidde de bezitter van degene die het ‘*dominium*’ van het vruchtgebruik had.⁴⁵⁴ Eigendom in beperkte zin bleef in het Romeinse recht echter beperkt tot lichamelijke zaken. De actie van de eigenaar was de *reivindicatio*. ‘Beperkt gerechtigden’ konden zich niet beroepen op deze actie. Zij hadden een specifiek op hun geval

⁴⁵¹ Zie Birks 1985, p. 27. Birks schreef: ‘*Roman law distinguishes between different objects of meum esse rather than between different relationships to or interests in the material world. This habit of mind can only be sustained by treating some relationships as things, as for example treating the relationship which allows a man to use and enjoy a farm for his life as a ius utendi fruendi, a usufruct. This is what lies at the root of the crucial classification in the Institutes between corporeal things and incorporeal things, rights such as servitudes, inheritance, and obligations.*’

⁴⁵² Zie Birks 1985, p. 27.

⁴⁵³ Zie Windscheid 1887, p. 555, nt. 1 (§ 165) en Windscheid/Kipp 1900, p. 750, nt. 1 (§ 165).

⁴⁵⁴ Zie D. 7,6,3. Zie over deze tekst bijvoorbeeld Hoop 1992, p. 26. Het fragment van Julianus luidt als volgt: ‘*Qui usum fructum traditum sibi ex causa fideicommissi desiit in usu habere tanto tempore, quanto, si legitime eius factus esset, amissurus eum fuerit, actionem ad restituendum eum habere non debet: est enim absurdum plus iuris habere eos, qui possessionem dumtaxat usus fructus, non etiam dominium adepti sint.*’ Vertaling: ‘Wie een vruchtgebruik, dat hem overgedragen was op grond van een fideïcommis, gedurende zoveel tijd niet heeft uitgeoefend, dat hij het ook verloren zou hebben als het volgens de normen van het ius civile van hem zou zijn geworden, behoort geen actie te hebben die tot doel heeft hem dit weer te verschaffen; het is immers ongerijmd dat diegenen het sterkere recht hebben, die slechts het bezit van het vruchtgebruik en niet ook de eigendom verworven hebben.’ Spruit c.s. vertaalde *plus iuris* met ‘sterkste’. Naar mijn mening betekent *plus iuris* ‘sterkere’ in plaats van ‘sterkste’.

toegesneden actie, bijvoorbeeld de *actio Serviana* voor de pandhouder.⁴⁵⁵ Hun behoorde slechts het recht toe. Dat de wijze waarop dit recht hun toebehoorde vergelijkbaar was met de wijze waarop de zaak de eigenaar toebehoorde, bleek bijvoorbeeld uit het feit dat hun acties soms werden aangeduid als *vindicatio: vindicatio servitutis, vindicatio usus fructus* en *vindicatio pignoris*.⁴⁵⁶

Gaius redenering was tegengesteld aan die van de Pandektisten: Gaius stelde de zaak centraal en bracht, zouden wij zeggen, de ‘beperkte rechten’ en de vorderingsrechten op het niveau van de zaken door deze rechten onlichamelijke zaken te noemen.⁴⁵⁷ Uit de redeneringen van de Pandektisten blijkt daarentegen dat zij de zaken brachten naar het niveau van de rechten. In hun rechtswereld speelden de zaken geen rol. Enkel het eigendomsrecht en de andere vermogensrechten telden. Wubbe doorzag Gaius:

*‘Allerlei Rechtsbeziehungen, die die moderne Lehre als subjektive Rechte qualifiziert, werden hier unkörperliche Sachen genannt, nicht aber das Eigentum. Dagegen werden die res corporales von dieser Einteilung nur erfaßt, sofern sie im Eigentum des Einzelnen stehen, d.h. sofern sie Bestandteile eines Privatvermögens sind. Wir sehen also: nicht nur wird das Eigentum nicht als ius, es werden vielmehr iura als res qualifiziert. Ein Vermögen besteht hiernach nicht, auch nicht zum Teil, aus (subjektiven) Rechten, sondern lediglich aus (körperlichen und unkörperlichen) Sachen. Für die Vorstellung des subjektiven Rechts bleibt dann kein Platz.’*⁴⁵⁸

De Romeinse juristen gebruikten het begrip subjectief recht niet om het recht te ordenen.⁴⁵⁹ Een recht was enkel het uitvloeisel van het ter beschikking staan van een actie. Wie het Romeinse recht niet bestudeert met het besef dat het Romeinse recht actiënrecht was, waarin het voor ons zo belangrijke begrip subjectief recht niet centraal stond, loopt vast bij de interpretatie van Gaius’ indeling. Met de Pandektisten mist hij of zij het eigendomsrecht. Zo schreef De Page:

*‘Prise à la lettre, cette classification est boîteuse, et l’on n’est pas fait faute de le relever. Comment, en effet, peut-on opposer deux termes qui n’ont aucun point commun, les choses d’une part, et les droits de l’autre part? Et pourquoi ne pas citer la propriété, qui est cependant un droit primordial, logiquement antérieur à l’usufruit et aux servitudes?’*⁴⁶⁰

⁴⁵⁵ Zie hiervoor § 5.1.

⁴⁵⁶ Gaius noemde in zijn leerboek zelfs in het algemeen de zakelijke acties *vindicationes*, zie Gaius’ *Instituten* 4,5. Zie Wubbe 1965, kolom 340 over de aanduiding *vindicatio* voor een aantal acties, die aan beperkt gerechtigden toekwamen. De reden hiervoor zocht Wubbe in de herkomst van de beperkte rechten. De beperkte rechten ontstonden uit een functioneel gedeeld eigendomsrecht, zie hierover § 5.1.

⁴⁵⁷ Zie hiervoor p. 123.

⁴⁵⁸ Zie Wubbe 1965, kolom 337.

⁴⁵⁹ Zie § 2.1.

⁴⁶⁰ Zie De Page 1941 (deel V), p. 536. Zie hierover Gretton 2007, p. 806.

De achtergrond van deze aanpak is, mijns inziens, de functionele benadering van het Romeinse recht. Teneinde een vergelijking met het Romeinse recht te vergemakkelijken, is het aantrekkelijk de geschriften van de Romeinse juristen te interpreteren alsof een begrip als het subjectieve recht in het Romeinse recht dezelfde rol speelde, als dit begrip speelt in ons recht. De techniek die de Romeinse juristen gebruikten, was echter fundamenteel anders. Voor het Romeinse recht gold niet het adagium ‘*ubi ius ibi actio*’, maar het adagium ‘*ubi actio ibi ius*’, oftewel waar een actie is, is een recht in plaats van het hedendaagse waar een recht is, is een vordering.⁴⁶¹

Hoe lastig het is voor moderne juristen om het eigendomsrecht als meestomvattend subjectief recht op de achtergrond te plaatsen, blijkt bijvoorbeeld uit hetgeen Gretton schreef, nadat hij schematisch Gaius’ indeling in lichamelijke en onlichamelijke zaken had weergegeven en als volgt juist had geanalyseerd:

*‘Ownership is not mentioned by Gaius for a good reason: it cannot be located on the chart. For Roman lawyers the difficulty was not as apparent as it is to us. In Roman law the idea of ownership as a right had not really developed. The sources do not describe ownership as a ‘ius’. To have a thing and to have the ownership of a thing were the same.’*⁴⁶²

Zijn bespreking van de wijzen waarop Gaius’ indeling is geïnterpreteerd, begon Gretton vervolgens met de opmerking:

*‘In the Gaian scheme there is no place for ownership. But that conclusion is too awkward to be accepted.’*⁴⁶³

5.3 Rechten op rechten?

5.3.1 Geen rechten op rechten, maar *actiones utiles* en *nemo plus*

De constructie van de onlichamelijke zaak bood de Romeinse juristen een theoretisch kader ter rechtvaardiging van de vestiging van, wat wij zouden noemen, ‘beperkte rechten’ op andere rechten. De Romeinse juristen zouden als volgt hebben kunnen redeneren: als een recht, zoals een vorderingsrecht of een ‘beperkt recht’, een onlichamelijke zaak was, dan zou het mogelijk moeten zijn dat de schuldeiser of de ‘beperkt gerechtigde’ op deze onlichamelijke zaak een recht vestigde, net zoals dat mogelijk was op een lichamelijke zaak.

⁴⁶¹ Zie hiervoor § 2.1.

⁴⁶² Zie Gretton 2007, p. 806. Zie hierover Giglio 2012, p. 10 en verder.

⁴⁶³ Zie Gretton 2007, p. 807.

Hierna zal ik uitleggen dat de Romeinse juristen een recht echter niet zagen als een object van een ander recht. De mogelijkheid een afdwingbaar ‘beperkt recht’ te vestigen dankten schuldeisers en ‘beperkt gerechtigden’ niet aan het feit dat het Romeinse recht constructies die bestonden ten aanzien van lichamelijke zaken analoog toepasten op onlichamelijke zaken. De mogelijkheid een in rechte afdwingbaar ‘beperkt recht’ te vestigen dankten schuldeisers en ‘beperkt gerechtigden’ aan de praetor. De praetor stelde verweermiddelen en *actiones utiles* ter beschikking aan hen die een ‘beperkt recht’ gevestigd hadden gekregen door een schuldeiser of een ‘beperkt gerechtigde’. Leidend voor de praetor was daarbij het *nemo plus*-beginsel, het beginsel dat niemand meer rechten kon overdragen dan hij zelf had.

Met name door verschillende Pandektisten is de verpanding van een vordering in het Romeinse recht omschreven als de vestiging van een recht op een recht.⁴⁶⁴ Zo schreef Bremer, die ter onderbouwing van het bestaan van rechten op rechten gebruik maakte van het begrip onlichamelijke zaak, het volgende:

*‘Ist ein s.g. subjectives Recht einmal begründet, so hat es eine objective reale Existenz, bildet es ein Vermögensstück oder ein Gut. Es gibt nicht nur körperliche, sondern auch unkörperliche Güter. Dieser Satz gilt nicht blos für die Nationalökonomie, sondern auch für die Rechtswissenschaft. (...) Die unkörperlichen Güter werden erst durch das Recht geschaffen und stehen, als eine bloße Willensmacht gewährend, immer mit einer bestimmten Person in Verbindung. Trotzdem aber haben sie eine objective Existenz. Warum sollte nun nicht auch einem Anderen, als zu dessen Vermögen das unkörperliche Gut gehört, darüber eine gewisse Herrschaft zustehen können?’*⁴⁶⁵

In Windscheids *Lehrbuch des Pandektenrecht* maakte de constructie van rechten op rechten zelfs deel uit van het algemene deel.⁴⁶⁶ Windscheid waarschuwde voor de redenering dat een recht op een recht mogelijk was, omdat een recht een onlichamelijke zaak was en dientengevolge op dezelfde wijze het object van een recht kon zijn als een lichamelijke zaak.⁴⁶⁷ Windscheid was zich ervan bewust dat

⁴⁶⁴ Zo, bijvoorbeeld, Exner 1873 p. 11. Zie voor een overzicht Lioni 1885, p. 103 en verder.

⁴⁶⁵ Zie Bremer 1867, p. 37.

⁴⁶⁶ Zie Windscheid/Kipp 1900, vol. 1, p. 184 en verder (§ 48a).

⁴⁶⁷ Zie Windscheid/Kipp 1900, vol. 1, p. 185, nt. 4 (§ 48a): *‘Man darf sich nicht etwa bei der Auffassung beruhigen, daß auch das Recht eine Sache sei (eine unkörperliche Sache), und daher in derselben Weise den Gegenstand eines Recht müsse bilden können, wie die (körperliche) Sache. Das Recht ist eben keine Sache, wird nur als solche gedacht. Das Jemand ein Recht an einer Sache hat, heißt, daß die Rechtsordnung ihm einen Befehl in Betreff menschlichen Verhaltens zur Sache zu eigen gegeben habe, oder daß sie ihn in die Lage versetzt habe, eine solchen Befehl durch seinen Willen hervorrufen zu können. Wer aber ein Recht an einem Rechte hat (wessen Wille von der Rechtsordnung maßgebend für ein Recht erklärt worden ist), hat weder einen Rechtsbefehl in Betreff menschlichen Verhaltens zum Rechte, noch kann er einen solchen Befehl hervorrufen.’*

het Romeinse recht onlichamelijke zaken niet in deze zin gelijk stelde aan lichamelijke zaken. De aard van de vermogensrechten was volgens Windscheid leidend voor de Romeinse juristen inzake verkrijging en verlies van dergelijke rechten.⁴⁶⁸ Desalniettemin behandelde Windscheid de verpanding van een vordering als de verpanding van een onlichamelijke zaak.⁴⁶⁹ In zijn algemene deel legde Windscheid uit wat het object was van een recht op een recht:

*‘Daß auch das Recht an einem fremden Recht zwar zum unmittelbaren Gegenstand das Recht, aber durch dieses Recht hindurch als ferneren Gegenstand die Sache, an welcher das Recht stattfindet, und, wenn man als Gegenstand des persönlichen Rechts die verpflichtete Person bezeichnen will, auch diese Person hat.’*⁴⁷⁰

In eerdere edities legde hij het op de volgende kernachtige wijze uit:

*‘Ein Recht an einem Rechte ist vorhanden, sobald der eine das Recht hat, das Dürfen, welches den Inhalt des Rechts eines Anderen bildet für sich geltend zu machen.’*⁴⁷¹

Windscheid ging weliswaar uit van een stapeling van rechten, maar in de kern leverde een recht op een zakelijk recht in zijn ogen een recht op de zaak zelf op, net zoals een recht op een persoonlijk recht een persoonlijk recht opleverde jegens de schuldenaar.⁴⁷² Windscheid meende dan ook dat de pandhouder tegen de schuldenaar van de verpande vordering een persoonlijke actie had, een *actio in personam*.⁴⁷³ Volgens Windscheid maakte de pandhouder op grond van zijn pandrecht de verpande vordering te gelde:

⁴⁶⁸ Zie Windscheid/Kipp 1900, vol. 1, p. 154 (§ 42): *‘Man muß sich hüten, dieser Zusammenfassung der Vermögensdinge unter dem Gesichtspunkte der Sache größere Bedeutung für das Recht zuzuschreiben, als ihr in der That zukommt. Eine rücksichtslose Ausbeutung dieses Gesichtspunktes würde dazu führen, alle Vermögensrechte, was ihren Erwerb und Verlust angeht, den gleichen rechtlichen Grundsätzen, und zwar denselben wie das Eigentumsrecht, zu unterwerfen. Dem römischen Rechte ist es nicht in den Sinn gekommen, bis zu diesem Extreme vorzugehen; es hat die Grundsätze über den Erwerb und der Verlust der Vermögensrechte überall aus ihrer besonderen Natur entnommen.’*

⁴⁶⁹ Windscheid behandelte de verpanding van een vordering in § 239. Het opschrift van die paragraaf luidt *‘B. An unkörperlichen Sachen’*. Na te hebben uitgelegd wat het betekende een pandrecht op lichamelijke zaken te hebben, stapte Windscheid in § 239 over op de verpanding van onlichamelijke zaken. Zie Windscheid/Kipp 1900, vol. 1, p. 1086 (§ 239).

⁴⁷⁰ Zie Windscheid/Kipp 1900, vol. 1, p. 186 (§ 48a).

⁴⁷¹ Zie Windscheid 1870, vol. 1, p. 95 (§ 42). Zie hierover Lioni 1885, p. 105. In deze editie ontbrak een speciale paragraaf gewijd aan *Rechte an Rechte*.

⁴⁷² Zo merkte ook Kipp op bij de tekst van Windscheid: *‘Das Recht am dinglichen Recht ist danach ein Recht an der Sache, das Recht an der Forderung ein Recht gegen den Schuldner.’* Zie Windscheid/Kipp 1900, vol. 1, p. 186, nt. 7 (§ 48a). De door Kipp gemaakte opmerkingen in het leerboek van Windscheid zijn te herkennen aan de [], zie het voorwoord van Kipp, p. IX.

⁴⁷³ Zie Windscheid/Kipp 1900, vol. 1, p. 1089, nt. 10 (§ 239).

‘Die Pfandgläubiger macht die verpfändete Forderung kraft seines Pfandrecht geltend, aber es ist nicht sein Pfandrecht unmittelbar, welches er geltend macht.’⁴⁷⁴

Windscheids theorie komt er op neer dat de pandhouder krachtens zijn pandrecht het persoonlijke recht van de pandgever jegens de schuldenaar van de verpande vordering geldend kon maken. Windscheid benadrukte hierbij dat deze bevoegdheid niet op cessie was gebaseerd. Hij was namelijk een tegenstander van de Pandektisten, die de verpanding van een vordering aanduidden als een cessie.⁴⁷⁵

Zoals ik uitlegde, meen ik dat de verpanding van een vordering niet een soort cessie opleverde.⁴⁷⁶ Tegelijkertijd vind ik het een voordeel van de door verschillende Pandektisten ontwikkelde theorie dat de verpanding van een vordering een soort cessie opleverde, dat de vordering in die theorie geen rechtsobject was. In de ogen van de betreffende Pandektisten rustte het pandrecht niet op de vordering, maar leidde de verpanding tot een beperkte of voorwaardelijke overdracht van de vordering. Windscheid betoogde weliswaar ook dat een recht op een persoonlijk recht een persoonlijk recht opleverde, maar in zijn theorie was de vordering zelf het onmiddellijke object van het pandrecht. Een dergelijk recht leverde volgens hem een persoonlijk recht op als het ware door de vordering heen.

Bremer stelde daarentegen het begrip vermogensbestanddeel gelijk aan het begrip rechtsobject. Deze gelijkstelling is begrijpelijk gezien de ontwikkelingen ten aanzien van het begrip onlichamelijke zaak in het gemene recht. Het uitgangspunt in het gemene recht was dat iemand van een onlichamelijke zaak eigenaar kon zijn net als van een lichamelijke zaak. Zo’n zaak was naar analogie van een lichamelijke zaak overdraagbaar. Zwolve schreef deze vondst toe aan Hugo de Groot en noemt het ‘één der vruchtbaarste gedachten uit de geschiedenis van het vermogensrecht.’⁴⁷⁷ Een vordering werd in haar hoedanigheid van onlichamelijke zaak vanaf dat moment gezien als een object van rechten, bijvoorbeeld een pandrecht. Zo op het eerste gezicht lijkt de volgende tekst van Marcianus over de verpanding van een vruchtgebruik te impliceren dat reeds de Romeinse juristen een recht zagen als een rechtsobject. Marcianus schreef:

D. 20,6,8pr.

Marcianus, *libro singulari ad formulam hypothecariam*. Sicut de re corporali extincta, ita et usu fructu extincto pignus hypothecave perit.

Marcianus, *De hypotheekactie*. Zoals pand en hypotheek teniet gaan, wanneer de lichamelijke zaak waarop zij rusten teniet gaat, zo is dat ook het geval wanneer een vruchtgebruik teniet gaat.

⁴⁷⁴ Zie Windscheid/Kipp 1900, vol. 1, p. 1089, nt. 10 (§ 239).

⁴⁷⁵ Zie hierover p. 79 en verder.

⁴⁷⁶ Zie § 3.5.4.

⁴⁷⁷ Zie Zwolve 1994-2, p. 5. Vgl. Feenstra 1979, p. 209 en verder.

Marcianus gebruikte het begrip onlichamelijke zaak niet met zoveel woorden, maar hij plaatste wel aan de ene kant de lichamelijke zaken en aan de andere kant sprak hij over het vruchtgebruik, een voorbeeld van een onlichamelijke zaak bij Gaius. In plaats van het *genus* onlichamelijke zaak gebruikte hij enkel het *species* vruchtgebruik. Marcianus hield de vestiging van een pandrecht door de vruchtgebruiker voor mogelijk, net zoals die mogelijkheid bestond voor de eigenaar van een lichamelijke zaak. Indien een vruchtgebruiker een pandrecht vestigde, dan ging dit pandrecht teniet als het vruchtgebruik tenietging.

Of Marcianus onverkort vasthield aan het tenietgaan van het pandrecht als het vruchtgebruik tenietging, is de vraag. Er waren namelijk gevallen denkbaar waarin het niet voor de hand lag dat de pandhouder zijn recht kwijtraakte. Denk aan het geval waarin de vruchtgebruiker afstand deed van zijn recht, of het geval waarin het vruchtgebruik tenietging, omdat de vruchtgebruiker de eigendom van de zaak verkreeg als erfgenaam. Wat betreft het tenietgaan van het pandrecht in geval van vermenging schreef Jansen:

‘Waar dit (...) te verdedigen valt wanneer het verzekerde⁴⁷⁸ vruchtgebruik door de dood van de vruchtgebruiker vervalt, lijkt voor deze gevolgtrekking bij vermenging juist geen sprake. Met het einde van het vruchtgebruik door de dood van de vruchtgebruiker had de zekerheidsnemer immers rekening (kunnen) houden, maar met het einde van het vruchtgebruik door vermenging zal hij geen rekening hebben gehouden.’⁴⁷⁹

Indien Marcianus de vestiging van een pandrecht door een vruchtgebruiker zag als de vestiging van een recht op een recht, dan ligt het voor de hand dat Marcianus zijn opmerking dat met het vruchtgebruik ook het pandrecht tenietging onverkort voor waar hield. Het vruchtgebruik vormde in zijn ogen dan het object waarop het pandrecht was gevestigd. Zonder dit object kon het pandrecht niet voortbestaan.⁴⁸⁰ Een argument voor de constructie van een recht op een recht is het feit dat het vruchtgebruik het enige was dat de vruchtgebruiker in zijn vermogen had. Dientengevolge was de vruchtgebruiker enkel ten aanzien van het vruchtgebruik beschikkingsbevoegd. De zaak waarvan hij het vruchtgebruik had, was niet van hem. Hij had enkel een recht op de zaak.

Een dergelijke constructie zou echter wel betekenen dat een *ius in re* een rechtsobject was in het Romeinse recht. Ik denk dat de Romeinse juristen zichzelf niet de vraag stelden of een recht op een recht kon worden gevestigd. De

⁴⁷⁸ Mij lijkt het onjuist te spreken van het verzekerde vruchtgebruik. Het pandrecht diende ter verzekering van een vordering, niet ter verzekering van een recht van vruchtgebruik.

⁴⁷⁹ Zie Jansen 2007, p. 78.

⁴⁸⁰ Zo bijvoorbeeld Sohm met betrekking tot de verpanding van een vruchtgebruik (zie Sohm 1864, p. 39): ‘*Es ist juristische Nothwendigkeit, daß mit Untergang des Objects des Pfandrechts das Pfandrecht selbst untergeht; die Art des Unterganges ist gleichgültig.*’

Romeinse juristen dachten in de eerste plaats in acties. Wat rechtens was, indien een vruchtgebruiker een pandrecht vestigde, bepaalde de praetor, zo volgt uit een ander fragment van Marcianus over de verpanding van een vruchtgebruik:

D. 20,1,11,2

Marcianus, libro singulari ad formulam hypothecariam. Usus fructus an possit pignori hypothecaeve dari, quaesitum est, sive dominus proprietatis convenerit sive ille qui solum usum fructum habet. Et scribit Papinianus libro undecimo respondentum tuendum creditorem et si velit cum creditore proprietarius agere 'non esse ei ius uti frui invito se', tali exceptione eum praetor tuebitur: 'si non inter creditorem et eum ad quem usus fructus pertinet convenerit, ut usus fructus pignori sit': nam et cum emptorem usus fructus tuebitur praetor, cur non et creditorem tuebitur? Eadem ratione et debitori obicietur exceptio.

Marcianus, De hypotheekactie. De vraag is opgeworpen of een vruchtgebruik in pand of hypotheek kan worden gegeven, zowel voor het geval dat een bloot-eigenaar de overeenkomst is aangegaan als voor het geval dat iemand die alleen maar het vruchtgebruik heeft dat doet. Papinianus schrijft in het 11^e boek van zijn *Adviezen* dat de schuldeiser beschermd moet worden en dat, als de bloot-eigenaar tegen de schuldeiser wil procederen met de stelling 'dat de betrokkene niet het recht heeft om tegen zijn wil de zaak te gebruiken en de vruchten ervan te trekken', de praetor hem zal beschermen met de volgende exceptie: 'tenzij tussen de schuldeiser en degene aan wie het vruchtgebruik toekomt, overeengekomen is dat het vruchtgebruik als pand zal dienen'. Want wanneer de praetor ook de koper van een vruchtgebruik beschermt, waarom zou hij dan niet ook de pandcrediteur beschermen? Om dezelfde reden kan de exceptie ook de schuldenaar worden tegengeworpen.

Marcianus stelde zichzelf de vraag of een vruchtgebruik in pand kon worden gegeven. Een moderne jurist zou deze vraag beantwoorden door vast te stellen dat het vruchtgebruik een goed is, dat net als elk ander goed kan worden bezwaard met een pandrecht. Marcianus ging echter anders te werk. In de geest van het Romeinse actiënrecht wees hij met Papinianus naar de praetor. Degene die een vruchtgebruik verpand kreeg, kon zich beroepen op een exceptie.⁴⁸¹ De praetor beschermde de pandhouder, zowel tegen de eigenaar van de in vruchtgebruik gegeven zaak, als tegen de vruchtgebruiker, omdat de vruchtgebruiker en zijn schuldeiser, de pandhouder, overeen waren gekomen dat het vruchtgebruik als pand zou dienen.

Ik ben van mening dat de bescherming van de praetor niet steeds ophield als het vruchtgebruik tenietging. In de gevallen waarover ik hiervoor opmerkte dat het tenietgaan van het pandrecht niet voor de hand lag, denk ik dat de praetor de pandhouder beschermde tegen de vruchtgebruiker. Ik noemde het geval waarin de vruchtgebruiker afstand deed van zijn recht en het geval waarin het vruchtgebruik tenietging, omdat de vruchtgebruiker de eigendom van de zaak verkreeg als erfgenaam.

⁴⁸¹ Zie over deze exceptie bijvoorbeeld Wacke 1969, p. 376.

Stel dat een vruchtgebruiker, die als erfgenaam van de eigenaar de zaak had verkregen, een actie instelde tegen de pandhouder om de verpande zaak op te eisen, dan vermoed ik dat de praetor de exceptie verleende dat tussen de schuldeiser en degene aan wie het vruchtgebruik toekwam, overeengekomen was dat het vruchtgebruik als pand zou dienen. Mocht de voormalig vruchtgebruiker het aan hebben gedurfd zich tegen deze exceptie te verweren met de stelling dat met het vruchtgebruik het pandrecht teniet was gegaan, dan kon de pandhouder, vermoed ik, deze *replicatio* afweren met de *duplicatio doli*. De voormalig vruchtgebruiker handelde onbehoorlijk door een actie in te stellen tegen de pandhouder, wiens recht hij zelf in het verleden had gevestigd. De enige reden dat zijn vruchtgebruik teniet was gegaan, was gelegen in het feit dat hij niet vruchtgebruiker en eigenaar van de zaak tegelijkertijd kon zijn. Door deze vermenging van hoedanigheden was het vruchtgebruik tenietgegaan. Het was onbehoorlijk de pandhouder de dupe te laten worden van deze vermenging.

Indien niet de pandhouder de zaak onder zich had, maar de voormalig vruchtgebruiker, dan kon de pandhouder de hem verpande zaak opeisen met een actie naar het voorbeeld van de *actio Serviana*, ondanks het feit dat het vruchtgebruik door vermenging teniet was gegaan. De pandhouder kon zich niet beroepen op de reguliere *actio Serviana*, omdat de *formula* van de *actio Serviana* vereiste dat de verpander de zaak in zijn vermogen had ten tijde van de verpanding.⁴⁸² De vruchtgebruiker had echter niet de zaak in zijn vermogen, maar enkel een *ius in re*. De pandhouder kreeg de *actio Serviana* om die reden als analoge actie, oftewel als *actio utilis*. De *actio Serviana* was zo geformuleerd dat vermenging er niet toe deed.⁴⁸³ De pandhouder kon de *actio Serviana* instellen zolang de geldschuld ter verzekering waarvan de verpanding had plaatsgevonden,

⁴⁸² Zie voor de *formula* van de *actio Serviana* p. 244.

⁴⁸³ Zie hierover bijvoorbeeld Ankum 2005, p. 1 en verder. Zie bijvoorbeeld een fragment van Paulus, ons bekend als D. 44,2,30,1. Het fragment betreft een geval waarin een pandhouder de eigendom van de zaak verkrijgt. Paulus vond met name de vraag van belang of het pandrecht teniet was gegaan door de verwerving van de eigendom. Paulus: '(...) *In proposita autem quaestione magis me illud movet, numquid pignoris ius extinctum sit dominio adquisito: neque enim potest pignus perseverare domino constituto creditore. Actio tamen pigneraticia competit: verum est enim et pigneri datum et satisfactum non esse, quare puto non obstare rei iudicatae exceptionem.*' Vertaling: 'Waar het in de voorliggende probleemstelling voor mij meer op aankomt, is de vraag of het pandrecht niet tenietgegaan is door de verwerving van de eigendom. Want een pand kan immers niet als zodanig blijven bestaan, wanneer de schuldeiser eigenaar geworden is. De actie uit de pandovereenkomst komt hem echter wel toe. Het valt immers niet te ontkennen dat de zaak in kwestie in pand gegeven is en dat de schuld niet is voldaan; daarom ben ik de mening toegedaan dat de exceptie van gewijsde zaak hem niet in de weg staat.' Gelet op de formulering doelde Paulus op de *actio Serviana* en niet op de *actio pigneraticia*, zo ook Ankum 2005, p. 7.

niet was betaald, er niet anderszins genoegdoening was gegeven en het bovendien niet aan hem als schuldeiser had gelegen dat er niet was betaald.⁴⁸⁴

Paulus behandelde een geval, waarin de schuldeiser, die een zaak verpand had gekregen, als erfgenaam de eigendom van de verpande zaak verkreeg.⁴⁸⁵ Het probleem was echter dat sprake was van een fideïcommis, dat inhield dat de erflater de erfgenaam had verzocht de nalatenschap af te geven aan zijn dochter. Paulus constateerde dat sprake was van vermenging en vroeg zich af wat in dit specifieke geval het gevolg was voor het pand. Paulus construeerde een natuurlijke verbintenis tussen erfgenaam/schuldeiser en verwachter om te bewerkstelligen dat de erfgenaam/schuldeiser verschuldigd betaald kon krijgen. Bovendien rechtvaardigde het bestaan van een natuurlijke verbintenis dat hij nog steeds gebruik kon maken van zijn pandrecht.⁴⁸⁶ Aan alle voorwaarden voor het instellen van de *actio Serviana* was voldaan. Paulus schreef:

D. 36,1,61(59)pr.

Paulus, libro quarto quaestionum. Debitor sub pignore creditorem heredem instituit eumque rogavit restituere hereditatem filiae suae, id est testatoris. (...) Respondi: additione quidem hereditatis confusa obligatio est: videamus autem, ne et pignus liberatum sit sublata naturali obligatione. Atquin sive possidet creditor actor idemque heres rem sive non possidet, videamus de effectu rei. Et si possidet, nulla actione a fideicommissario conveniri potest, neque pignoratitia, quoniam hereditaria est actio, neque fideicommissum, quasi minus restituerit, recte petetur: quod eveniret, si nulum pignus intercessisset: possidet enim eam rem quasi creditor. Sed et si fideicommissarius rem teneat, et hic serviana actio tenebit: verum est enim non esse solutam

Paulus, Rechtsvragen IV. Een schuldenaar die een zaak in pand gegeven had, heeft zijn schuldeiser tot erfgenaam ingesteld en heeft hem bij fideïcommis verzocht de nalatenschap af te geven aan zijn dochter, d.w.z. die van de erflater. (...) Ik heb geantwoord: zeker is door de aanvaarding van de nalatenschap de verbintenis als gevolg van vermenging teniet gegaan. Maar wij moeten bezien of niet ook het pand gelost is doordat de natuurlijke verbintenis opgeheven is. Laten wij bekijken wat dit voor uitwerking heeft op het pand, zowel wanneer de schuldeiser – tevens erfgenaam – de zaak in zijn bezit heeft als wanneer hij deze niet in zijn bezit heeft. Welnu, als hij haar in bezit heeft, kan hij door de verwachter met geen enkele actie worden aangesproken: niet met de pandactie, aangezien dit een aan de nalatenschap toekomende actie is, en evenmin kan hij op juiste wijze het fideïcommis opeisen met als argument dat de bezwaarde minder zou hebben afgegeven [dan waartoe hij gehouden was]; dit zou wel het geval geweest zijn, indien er geen inpandgeving had plaatsgevonden; de gedaagde heeft namelijk het bezit van de zaak in zijn hoedanigheid van schuldeiser. Maar als het de verwachter is die de zaak onder zich heeft, zal ook in dat geval de Serviaanse actie van toepassing zijn; het is immers juist dat de [door het

⁴⁸⁴ Zie voor de *formula* van de *actio Serviana* p. 244. Zie bijvoorbeeld een fragment van Marcianus, ons bekend als D. 20,1,13,4.

⁴⁸⁵ Zie over het volgende fragment bijvoorbeeld Ankum 2005, p. 9 en verder.

⁴⁸⁶ Zie Out 2005, p. 197.

pecuniam, quemadmodum dicimus, cum amissa est actio propter exceptionem. Igitur non tantum retentio, sed etiam petitio pignoris nomine competit et solutum non repetetur. Remanet ergo propter pignus naturalis obligatio. (...)

pand gedekte] geldschuld niet betaald is, zoals wij dat ook zeggen wanneer een actie verloren is gegaan als gevolg van een [tegen de schuldeiser] opgeworpen exceptie. Uit hoofde van het pandrecht komt derhalve [aan de schuldeiser] niet slechts de bevoegdheid tot retentie toe, maar ook een zakelijke actie en als het geld betaald is, kan dit niet [als onverschuldigd betaald] worden teruggevorderd. Vanwege het pand blijft bijgevolg de natuurlijke verbintenis bestaan. (...)

Deze procesrechtelijke houding betekende dat de Romeinse juristen de constructie van een recht op een recht niet nodig hadden. Een plezierige bijkomstigheid hiervan was, dat ze – om de pandhouder in de hiervoor genoemde gevallen te beschermen – geen gebruik hoefden te maken van gekunstelde constructies om de gevolgen te omzeilen, die voort zouden zijn gevloeid uit een stapeling van rechten.⁴⁸⁷ Zoals ik hiervoor uitlegde, bracht een stapeling van rechten mee dat met het vruchtgebruik het object van het pandrecht teniet ging. Om aan deze conclusie te ontkomen, liet bijvoorbeeld Windscheid het vruchtgebruik voortbestaan, voor zover dit bestaan nodig was voor het pandrecht:

*‘Das verpfändete Recht, während es sonst untergeht, dauert für das Pfandrecht fort.’*⁴⁸⁸

Windscheid rechtvaardigde deze relatieve ondergang van het vruchtgebruik door erop te wijzen dat het vruchtgebruik weliswaar formeel niet langer bestond, maar dat materieel gezien de voormalig vruchtgebruiker nog steeds bevoegd was de zaak te gebruiken en de vruchten ervan te trekken. In dat opzicht veranderde er niets.⁴⁸⁹ Het recht dat was gevestigd op het vruchtgebruik hield, in Windscheids optiek, het vruchtgebruik vast:

*‘die der fremden Ausübung hingegebene Willensmacht ist zwar formal untergegangen, aber materiell besteht sie fort. Man kann auch so sagen: das an dem Nießbrauch stattfindende Recht hält, so weit es reicht, den Nießbrauch trotz seines Untergangs als Nießbrauch fest.’*⁴⁹⁰

Windscheid had geen moeite met een dergelijke relatieve ondergang van het vruchtgebruik:

⁴⁸⁷ Zie voor voorbeelden uit de Pandektistiek: Jansen 2007, p. 78 en verder.

⁴⁸⁸ Zie Windscheid/Kipp 1900, vol. 1, p. 1119, nt. 11 (§ 248). Zie hierover bijvoorbeeld Jansen 2007, p. 80.

⁴⁸⁹ Zie hierover bijvoorbeeld Jansen 2007, p. 80.

⁴⁹⁰ Zie Windscheid/Kipp 1900, vol. 1, p. 926, nt. 4 (§ 205).

*‘Es liegt kein Widerspruch darin, daß ein Recht in einer gewissen Beziehung fort dauere, während es im Uebrigen untergeht, und dieser Satz ist mehr als eine Phrase. Denn die Rechte bestehen nur durch die Anerkennung der Rechtsordnung, und wie weit die Rechtsordnung eine ertheilte Anerkennung zurücknehmen will, ist ihre Sache.’*⁴⁹¹

De procesrechtelijke houding, die tot gevolg had dat in het Romeinse recht een constructie van rechten op rechten geen rol speelde, betekende dat de Romeinse juristen Gaius’ onlichamelijke zaak niet kwalificeerden als rechtsobject. Gaius schiep de onlichamelijke zaak niet met het doel de ‘beperkte rechten’ en vorderingsrechten voortaan op dezelfde manier als de lichamelijke zaken te behandelen. Gaius gebruikte in veel opzichten het begrip onlichamelijke zaak juist om het onderscheid tussen beide categorieën zaken duidelijk te maken. Zo konden lichamelijke zaken worden bezeten, terwijl bezit van onlichamelijke zaken onmogelijk was. De aard van de zaak was leidend voor hetgeen rechtens was. Niet alle regels, die golden ten aanzien van lichamelijke zaken paste Gaius en pasten de Romeinse juristen analoog toe op onlichamelijke zaken. Wat betreft een vordering benadrukten zij de band tussen schuldeiser en schuldenaar. De vordering was de actieve zijde van de verbintenis.⁴⁹² De kwalificatie als onlichamelijke zaak maakte bijvoorbeeld niet dat de schuldeiser zichzelf kon losmaken uit deze verbintenis om zijn positie over te dragen aan een ander, zoals gebeurt bij onze cessie.⁴⁹³

Via het procesrecht bereikten de juristen dat desalniettemin een ander dan de schuldeiser een vordering kon innen. Zo kreeg degene die wij aanduiden als cessionaris van de praetor een zelfstandige actie op eigen naam, een *actio utilis*, om de vordering te gelde te maken, die bleef toebehoren aan de cedent.⁴⁹⁴ In geval van verpanding van een vordering kreeg de pandhouder eveneens een *actio utilis*.⁴⁹⁵ Via het procesrecht werd het de pandhouder mogelijk gemaakt de hem verpande vordering te innen. De verpande vordering hoefde in het Romeinse recht geen rechtsobject te zijn om de pandhouder tegemoet te komen. Een vermogensbestanddeel was niet per definitie een rechtsobject.⁴⁹⁶

⁴⁹¹ Zie Windscheid/Kipp 1900, vol. 1, p. 1119, nt. 11 (§ 248). Zie hierover Jansen 2007, p. 80-81.

⁴⁹² Zie § 3.1.

⁴⁹³ Zie § 3.5.

⁴⁹⁴ Zie § 3.5.3.

⁴⁹⁵ Zie over deze *actio utilis* § 9.

⁴⁹⁶ Lioni schreef zelfs: ‘Zeer zeker kan alles wat rechtsobject is, ook vermogensbestanddeel zijn, maar niet omgekeerd, al is men ook in het dagelijksch leven gewoon, alle vermogensbestanddelen op den inventaris te plaatsen (...) Wanneer men dus de *res incorporales* in zooverre met de *res corporales* gelijk stelt, dat ook de eersten rechtsobjecten kunnen zijn, dan vergeet men geheel, dat *res incorporales*, zooals het woord ook reeds aanduidt, slechts in onze verbeelding bestaan, niet in de werkelijkheid

Meer in het algemeen leidde de vestiging van een ‘beperkt recht’ door een ‘beperkt gerechtigde’ tot *actiones utiles*, aangepaste acties en verweermiddelen. Zo namen de compilatoren van Justinianus’ wetboek in de titel betreffende opstallen een fragment van Ulpianus op, dat gezien de context van het fragment zag op de vestiging van een erfdienstbaarheid door een gerechtigde tot een opstal.⁴⁹⁷ Vestigde een opstalhouder een erfdienstbaarheid, dan kon de gerechtigde tot de erfdienstbaarheid gebruik maken van *actiones utiles*:

D. 43,18,1,9

Ulpianus, libro septuagesimo ad edictum. Servitutes quoque praetorio iure constituentur et ipsae ad exemplum earum, quae ipso iure constitutae sunt, utilibus actionibus petuntur: sed et interdictum de his utile competit.

Ulpianus, Het Edict LXX. Ook servituten kunnen naar praetorisch recht gevestigd worden [op een opstal] en deze zullen, naar het voorbeeld van degene die naar *ius civile* gevestigd zijn, met aangepaste acties kunnen worden opgeëist; er staat echter daarvoor ook een aangepast interdict ter beschikking.

Ik vermoed dat de praetor een pandhouder wiens recht was gevestigd door een opstalhouder beschermde met een *actio Serviana utilis*, omdat de ‘beperkt gerechtigden’ de zaak zelf niet in hun vermogen hadden en diensgevolge de gewone *actio Serviana* was uitgesloten, omdat de *formula* van de *actio Serviana* vereiste dat de verpander de zaak in zijn vermogen had ten tijde van de verpanding.⁴⁹⁸

Zo bood de praetor bescherming aan degene die een ‘beperkt recht’ verkreeg van iemand die zelf enkel een recht had door het ter beschikking stellen van *actiones utiles* en verweermiddelen. De Romeinse juristen maakten geen gebruik van een stapeling van rechten. Een recht was niet het object van een ander recht. Zo bleef in bepaalde gevallen een ‘beperkt recht’ gevestigd door een ‘beperkt gerechtigde’ voortbestaan, ondanks het tenietgaan van het recht van degene, die het beperkte recht had gevestigd. Een pandrecht gevestigd door een vruchtgebruiker was bijvoorbeeld in bepaalde gevallen in rechte afdwingbaar na het tenietgaan van het vruchtgebruik.⁴⁹⁹ Zo legde ik uit dat in geval het

voorkomen en dus van de *res corporales* daarin verschillen, dat zij niet beheerscht kunnen worden door eene macht, die buiten hen staat.’ Zie Lioni 1885, p. 109.

⁴⁹⁷ Zie over dit fragment bijvoorbeeld Harke 2016, p. 91.

⁴⁹⁸ Zie voor de *formula* van de *actio Serviana* p. 244. In geval van de vestiging van een pandrecht door een erfpachter gold hetzelfde. Paulus schreef (D. 13,7,16,2, Paulus, *Het Edict XXIX*): ‘*Etiam vectigale praedium pignori dari potest: sed et superficarium, quia hodie utiles actiones superficariis dantur.*’ Vertaling: ‘Een cijnsplichtig stuk overheidsgrond kan eveneens in pand worden gegeven, en ook een met opstalrecht belast stuk grond, aangezien tegenwoordig aangepaste acties worden gegeven aan opstalhouders.’ Zie over dit fragment Harke 2016, p. 40.

⁴⁹⁹ Zie hiervoor p. 133.

vruchtgebruik door vermenging teniet was gegaan de pandhouder de hem verpande zaak kon opeisen met de *actio Serviana utilis*. Een beroep op de reguliere *actio Serviana* stond de pandhouder niet toe, omdat zijn pandrecht was gevestigd door iemand, die niet de zaak in zijn vermogen had, zoals de *Serviana* eiste.⁵⁰⁰

Het ter beschikking staan van een actie of een verweermiddel betekende dat de gerechtigde een recht had.⁵⁰¹ Het fundamentele uitgangspunt bij de vestiging van een recht door een gerechtigde was dat niemand meer rechten kon overdragen dan hij zelf had.⁵⁰² Als, bijvoorbeeld, het recht van een ‘beperkt gerechtigde’, die zelf een ‘beperkt recht’ wilde vestigen aan voorwaarden was gebonden, dan kon een door hem gevestigd ‘beperkt recht’ enkel onder diezelfde voorwaarden tot stand komen. Scaevola gaf het volgende voorbeeld:

D. 20,1,31pr.-1

Scaevola, libro primo responsorum. Lex vectigali fundo dicta erat, ut, si post certum temporis vectigal solutum non esset, is fundus ad dominum redeat: postea is fundus a possessore pignori datus est: quaesitum est, an recte pignori datus est. Respondit, si pecunia intercessit, pignus esse.

1. Item quaesit, si, cum in exsolutione vectigalis tam debitor quam creditor cessassent et propterea pronuntiatum esset fundum secundum legem domini esse, cuius potior causa esset. Respondit, si ut proponeretur vectigali non soluto iure suo dominus usus esset, etiam pignoris ius evanuisse.

Scaevola, Adviezen I. Bij de verpachting van een perceel cijnsplichtige overheidsgrond was het beding gemaakt dat dit perceel, als het jaarlijkse bedrag na een bepaalde tijd niet betaald zou zijn, aan de eigenaar zou terugvallen. Vervolgens is dit perceel door de bezitter in pand gegeven. De vraag is opgeworpen of het rechtsgeldig in pand gegeven is. [Scaevola] heeft geantwoord dat er, als het geld betaald is, een pandrecht bestaat.

1. Verder stelde Scaevola de vraag wiens positie sterker zou zijn, ingeval zowel de schuldenaar als de schuldeiser in gebreke waren gebleven bij de betaling van het jaarlijkse bedrag en om die reden de aanzegging gedaan was dat overeenkomstig de pachtvoorwaarden het perceel aan de eigenaar toekwam. Het advies luidde dat als overeenkomstig de voorgelegde feiten de eigenaar na de niet-betaling van het jaarlijkse bedrag zijn eigen recht had uitgeoefend, ook het pandrecht verdwenen was.

⁵⁰⁰ Zie voor de *formula* van de *actio Serviana* p. 244.

⁵⁰¹ Zie hierover § 2.1. De hoeksteen van het Romeinse recht was de actie, zoals ik hiervoor uitlegde: ‘*Ubi actio ibi ius*’, oftewel waar een rechtsovereenkomst is, is een recht.

⁵⁰² Zie de bekende zinspreuk van Ulpianus, ons bekend uit D. 50,17,54: ‘*nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*.’ Zie meer specifiek met betrekking tot het vestigen van een pandrecht: D. 20,1,3,1. Papinianus besprak een casus, die hij oploste aan de hand van het volgende beginsel: ‘*Non plus habere creditor potest, quam habet qui pignus dedit*.’

Scaevola behandelde het geval van een stuk grond dat in erfpacht werd gegeven. Eén van de voorwaarden was dat de erfpacht eindigde, als de jaarlijkse pachtsom niet zou zijn voldaan. De erfpachter vestigde vervolgens een pandrecht.⁵⁰³ Scaevola was van mening dat zo lang de pachtsom werd voldaan, het pandrecht bestond. Op enig moment stopte echter de erfpachter met betalen. Met de erfpacht verdween het pandrecht. Scaevola vermeldde hierbij dat de pandhouder net zomin de pachtsom voldeed. De pandhouder had in de plaats van de erfpachter kunnen betalen om te voorkomen dat met het erfpachtrecht zijn pandrecht teniet ging.⁵⁰⁴ Het verdwijnen van het pandrecht lag voor de hand: het pandrecht was gebonden aan dezelfde voorwaarde als die was verbonden aan het recht van de erfpachter. Het einde van de erfpacht betekende diens gevolg het einde van het pandrecht. De pandhouder kon niet over meer recht beschikken dan de erfpachter van wie hij zijn recht had verkregen. Het recht van de pandhouder was net zo voorwaardelijk, als het recht van de pandgevende erfpachter.⁵⁰⁵

Het uitgangspunt dat niemand meer rechten kon overdragen dan hij zelf had, kwam ook naar voren in het volgende geval dat Paulus behandelde:

⁵⁰³ Een aantal schrijvers meent dat de erfpachter hier niet zo zeer het perceel grond verpandde, maar zijn recht van erfpacht, zie Kunkel/Mayer-Maly 1987, p. 210 (§ 86). Zie Zwölve/Sirks 2012, p. 110-111: *‘Im letzteren Fall ist selbstverständlich das Erbpachtrecht als solches – und nicht das Land selbst – mit dem Sicherungsrecht belastet, wie sich aus einem Fall, von dem der römische Jurist Scaevola berichtet, ableiten lässt.’* Het merendeel meent echter dat de erfpachter de zaak kon verpanden, zie Baldus 2014 p. 62. Zie over deze tekst eveneens Jansen 2014, p. 39 en verder.

⁵⁰⁴ Andere redenen op grond waarvan de pandhouder de pachtsom zou betalen, zijn denkbaar, zie Baldus 2014, p. 66-67. Baldus achtte het denkbaar dat: *‘der Pfandgläubiger direkt an den Eigentümer hätte zahlen sollen oder müssen: im Eigeninteresse am Erhalt des Pfandrechts, aus seinem Innenverhältnis zum Schuldner oder etwa kraft expromissio dem Eigentümer gegenüber. In diese Richtung mag auch die terminologische Unterscheidung possessor-creditor weisen. Sichere Schlüsse erlaubt der Text jedoch nicht.’*

⁵⁰⁵ Jansen merkte dan ook op (Jansen 2014, p. 41): *‘Het ligt voor de hand dat de erfpachter en de opstaller geen afbreuk kunnen doen aan de goederenrechtelijke positie van de eigenaar door een zekerheidsrecht te vestigen. Precies om dat te voorkomen moet het door de erfpachter en de opstaller gevestigde zekerheidsrecht tenietgaan als het erfpachtrecht of het opstalrecht tenietgaat als gevolg van niet-betaling van de canon of de retributie. Wanneer het zekerheidsrecht in dergelijke gevallen het erfpachtrecht en het opstalrecht wél zou overleven, zouden de erfpachter en de opstaller de goederenrechtelijke positie van de eigenaar hebben verzwakt. De zekerheidsgerechtigde zou dan het niet langer met erfpacht bezwaarde perceel in een met erfpacht bezwaard perceel kunnen veranderen door tot executie over te gaan na wanprestatie van de zekerheidsgever. Zo zou het tenietgegane erfpachtrecht als het ware aan een tweede leven beginnen.’*

D. 20,1,12

Paulus, libro sexagesimo octavo ad edictum. Sed an viae itineris actus aquae ductus pignoris conventio locum habeat videndum esse Pomponius ait, ut talis pactio fiat, ut, quamdiu pecunia soluta non sit, eis servitutibus creditor utatur (scilicet si vicinum fundum habeat) et, si intra diem certum pecunia soluta non sit, vendere eas vicino liceat: quae sententia propter utilitatem contrahentium admittenda est.

Paulus, Het Edict LXVIII. Maar of een overeenkomst tot verpanding van een recht van weg, overpad, dreef of waterleiding mogelijk is, moet nader bezien worden, zegt Pomponius; [Hij is van mening dat] men de afspraak zo moet maken dat de schuldeiser het genot van die erfdienstbaarheden heeft zolang het geld niet betaald is (uiteraard wanneer hij een naburig erf bezit) en ze aan een buurman mag verkopen als het geld niet op tijd betaald is. Die opvatting is inderdaad aanvaardbaar vanwege haar nut voor de contractspartijen.

Verpanding van bepaalde erfdienstbaarheden was toegestaan.⁵⁰⁶ Indien het op executie aankwam, was de executerende pandhouder aan dezelfde voorwaarden gebonden als zijn pandgever, die bijvoorbeeld een recht van weg had. Uit de aard van een recht van weg vloeide voort dat het enkel kon bestaan, indien het heersende erf grensde aan het dienende erf. De pandhouder was bij de executie aan die beperking gebonden. Hij mocht enkel de erfdienstbaarheid executoriaal verkopen aan een buurman.

Ter bevestiging van de stelling dat een recht in het Romeinse recht niet als rechtsobject werd gezien, kijk ik naar hetgeen wij tegenwoordig aanduiden als herverpanding.

5.3.2 Herverpanding

Herverpanding leidde er toe dat een pandhouder de hem verpande zaak in pand gaf aan één van zijn schuldeisers. Indien Aulus bijvoorbeeld een schuld aan Blasius had en Aulus ter verzekering van die schuld aan Blasius een hem (Aulus') toebehorende ring in pand had gegeven, dan was sprake van herverpanding, indien Blasius op zijn beurt de ring verpandde aan Claudius ter verzekering van een schuld, die hij (Blasius) had aan Claudius. Zonder daarmee te willen suggereren dat hun rechten fundamenteel van elkaar verschilden, zal ik voor de duidelijkheid hierna Blasius aanduiden als pandhouder en Claudius als herpandhouder. Het voorbeeld komt op het volgende neer:

⁵⁰⁶ Stedelijke erfdienstbaarheden konden niet worden verpand, zie D. 20,1,11,3.

Van belang was dat de herpandhouder, Claudius in het voorbeeld, wist dat Blasius slechts pandhouder van de zaak was. Als de pandhouder, Blasius, zich voordeed als eigenaar, dan was de verpanding nietig. Blasius was niet beschikkingsbevoegd om een pandrecht te vestigen op de zaak van een ander.⁵⁰⁷ Tot herverpanding was hij echter wel bevoegd.

De Romeinse juristen spraken van het in pand geven van het pand, *pignus pignori dare*, of van het verpanden van de verpande zaak, *pignori rem pigneratam*.⁵⁰⁸ Als uitgangspunt neem ik een tekst van Marcianus, ons bekend als D. 20,1,13,2, omdat het slot van deze tekst uitdrukkelijk gaat over de verpanding van vorderingen. Marcianus zei:

D. 20,1,13,2

Marcianus, *libro singulari ad formulam hypothecariam*. Cum pignori rem pigneratam accipi posse placuerit, quatenus utraque pecunia debetur, pignus secundo creditori tenetur et tam exceptio quam actio utilis ei danda est: quod si dominus solverit pecuniam, pignus quoque peremitur. Sed potest dubitari, numquid creditori nummorum solutorum nomine utilis actio danda sit an non: quid enim, si res soluta fuerit? Et verum est, quod Pomponius libro septimo ad edictum scribit, si quidem pecuniam debet is, cuius nomen

Marcianus, *De hypotheekactie*. Aangezien het heersende leer is dat een reeds verpande zaak door een ander in pand kan worden aangenomen, blijft het pand jegens de tweede crediteur verbonden voor zover beide bedragen verschuldigd zijn en moet hem zowel een exceptie als een analoge actie verleend worden. Maar indien de eigenaar zijn geldschuld betaald heeft, gaat ook het pandrecht teniet. Men kan echter betwijfelen of er al dan niet aan de schuldeiser een analoge actie verleend moet worden ter zake van de betaalde geldstukken: wat immers als ter voldoening van de verplichting een zaak gegeven is? En het is juist wat Pomponius in het zevende boek van zijn *Commentaar op het Edict* heeft geschreven: als iemand geld verschuldigd is en de vordering op

⁵⁰⁷ Zie bijvoorbeeld Zwolve 1994-1, p. 443. Zie over de verpanding van andermans' zaak Wubbe 1960.

⁵⁰⁸ Zie titel C. 8,23: '*si pignus pignori datum sit*.' Zie D. 13,7,40,2: '*pignus pignori dedit*.' Zie D. 20,1,13,2: '*pignori rem pigneratam*.'

pignori datum est, exacta ea creditorem secum pensaturum: si vero corpus is debuerit et solverit, pignoris loco futurum apud secundum creditorem.

hem in pand gegeven is, zal de [tweede] schuldeiser dit bedrag na inning met zichzelf verrekenen; maar als de betrokkene een lichamelijke zaak verschuldigd is en die ter betaling afgedragen heeft, zal deze bij wijze van pand bij de tweede schuldeiser zijn.

Marcianus stelde eerst vast dat een verpande zaak in pand kon worden aangenomen en dat degene die zo'n verpande zaak in pand aannam rechtsmiddelen kreeg. Die toezegging gold echter enkel voor zover beide bedragen verschuldigd waren. Een pandrecht was – net zoals heden ten dage – namelijk een afhankelijk zekerheidsrecht dat enkel bestond zolang de vordering niet was voldaan ter verzekering waarvan het pandrecht was gevestigd. In het geval van herverpanding was het pandrecht voor zijn voortbestaan zelfs afhankelijk van twee vorderingen. Het herpandrecht in het voorbeeld was afhankelijk van zowel de vordering van Blasius, de pandhouder, op Aulus, de oorspronkelijke pandgever, als de vordering van Claudius op Blasius. Ging een van beide vorderingen teniet, dan ging ook het pandrecht teniet.

Zolang beide vorderingen bestonden, had de tweede crediteur verschillende rechtsmiddelen, zo schreef Marcianus. De tweede crediteur in het voorbeeld was Claudius. Hem moest zowel een exceptie, als een analoge actie worden verleend. De exceptie had hij nodig, indien sprake was van vuistpand en iemand het pand van hem opeiste voordat het pandrecht teniet was gegaan. Als vuistpandhouder was hij namelijk bevoegd het pand onder zich te houden. Papinianus sprak van de mogelijkheid tot retentie:

D. 13,7,40,2

Papinianus, *libro tertio responsorum*. Soluta pecunia creditor possessionem pignoris, quae corporalis apud eum fuit, restituere debet nec quicquam amplius praestare cogitur. Itaque si medio tempore pignus creditor pignori dederit, domino solvente pecuniam quam debuit secundi pignoris neque persecutio dabitur neque retentio relinquetur.

Papinianus, *Adviezen III*. Na de betaling van het geld moet een schuldeiser het bezit van een pand dat fysiek bij hem berustte afgeven en wordt hij niet gedwongen om nog iets anders te presteren. Als derhalve in de tussentijd de schuldeiser het pand heeft doorverpand en de eigenaar het geld dat hij verschuldigd was betaalt, wordt niet langer de mogelijkheid tot opvordering van het tweede pand gegeven en evenmin die tot retentie ervan.

Papinianus gaf in deze tekst eveneens aan dat de herpandhouder de mogelijkheid tot opvordering van het pand had. Het pand opvorderen was nodig als de herpandhouder tot executie van zijn pandrecht wilde overgaan en er juist geen sprake was van vuistpand. Het pand opvorderen kon de herpandhouder met de

actio utilis, waarover Marcianus sprak.⁵⁰⁹ De pandhouder kreeg een actie naar het voorbeeld van de *actio Serviana*, omdat deze actie zag op het verkrijgen van het bezit van de verpande zaak.⁵¹⁰ De gewone *actio Serviana* kon de herpandhouder niet instellen, omdat de *formula* van deze actie het bewijs vereiste dat de verpande zaak zich in het vermogen bevond van de pandgever. Het feit dat de Romeinse juristen de herpandhouder niet de gewone *actio Serviana* gaven, maar een *actio utilis*, toont aan dat herverpanding in hun ogen een verpanding was door iemand die de zaak zelf niet in zijn vermogen had. De pandgever was namelijk enkel pandhouder en geen eigenaar van de zaak. Hij had slechts een recht op de zaak, een *ius in re*.⁵¹¹

Het feit dat de herpandhouder rechtsmiddelen kreeg, laat zien hoe zeer de Romeinse juristen het herpandrecht ervoeren als een recht dat de herpandhouder een zekere macht gaf over de hem verpande zaak. De juristen spraken niet voor niets over het verpand zijn van de in pand gegeven zaak. De herpandhouder kon zich zelfs beroepen op de bezitsinterdicten. Scaevola schreef:

D. 44,3,14,3

Scaevola, libro singulari quaestionum publice tractatarum. Et si mihi pignori dederis et ego eandem rem alii pigneravi, meus creditor utetur accessione tui temporis tam adversus extraneum quam adversus te ipsum, quamdiu pecuniam mihi non exsolveris: nam qui me potior est, cum ego te superaturus sim, multo magis adversus te optinere debet. Sed si pecuniam mihi solveris, hoc casu accessione tua non utetur.

Scaevola, In het openbaar behandelde rechtsvragen. En als u mij een zaak in pand hebt gegeven en ik deze zaak weer aan een ander heb doorverpand, zal mijn schuldeiser de bijtelling van uw bezitstijd zowel tegen iedere derde als tegen uzelf gebruiken, zolang u mij de [mij verschuldigde] geldsom niet hebt uitbetaald. Want degene die een sterker recht heeft dan ik, moet, omdat ik het al van u zal winnen, met des te meer reden zijn recht tegenover u geldend kunnen maken. Maar als u mij het verschuldigde bedrag hebt uitbetaald, zal hij in dit geval niet van de bijtelling [van uw bezitstijd] gebruik kunnen maken.

In het Romeinse recht gold een pandhouder als bezitter, voor zover dat nodig was om een beroep te kunnen doen op de interdicten, die bezit beschermden.⁵¹² Verjaringsbezitter bleef echter de pandgever. Indien de herpandhouder verzeild raakte in een conflict over het bezit van de zaak, kon hij de tijd van het bezit van de pandgever bij zijn eigen bezit optellen.⁵¹³

⁵⁰⁹ Zie over *actiones utiles* in het algemeen § 9.1.

⁵¹⁰ Zie Wubbe 1958, p. 140, nt. 15. Wubbe meende dat Marcianus hier op geen andere actie dan de *actio Serviana utilis* kon doelen, vanwege de tegenstelling *exceptio/actio*.

⁵¹¹ Zie hiervoor § 5.1.

⁵¹² Zie hiervoor p. 96.

⁵¹³ Bijvoorbeeld bij het *interdictum utrubi* won degene die kon aantonen gedurende het afgelopen jaar de zaak openlijk het langst bezeten te hebben, zonder dat daarbij sprake was

Scaevola maakte bovendien duidelijk dat de herpandhouder een sterker recht had dan de pandhouder zelf. Zolang het herpandrecht bestond, ging de herpandhouder voor de pandhouder. De herpandhouder was niet alleen bevoegd de zaak onder zich te houden, of de zaak op te vorderen, zoals uit de teksten hiervoor bleek. De herpandhouder was ook bevoegd de verpande zaak executoriaal te verkopen, indien aan de voorwaarden daarvoor was voldaan. Zo kwam de verkoop door een herpandhouder ter sprake in een rescript van keizer Gordianus. De eigenaar die werd geconfronteerd met een executoriale verkoop door de herpandhouder vroeg de keizer of die verkoop ongedaan kon worden gemaakt:

C. 8,23(24),1,2⁵¹⁴ [A.D. 238]

Imp. Gordianus A. Lamponi.

Quod si non fuit vestro creditori usus fructus, sed ipsa possessio pignerata, et ante exsolutam a domino pecuniam creditor secundus pignus acceptum vendidit, non posse venditionem post soluta pecunia rescindi divorum principum placitis continetur.

De doorluchtige keizer Gordianus (III) aan Lampo.

Maar als aan uw schuldeiser niet het vruchtgebruik⁵¹⁵ maar de bezitting zelf was verpand, en de tweede schuldeiser voordat door de eigenaar het [aan de eerste schuldeiser verschuldigde] geld was betaald, het ontvangen pand heeft verkocht, kan wanneer achteraf het geld is betaald, de verkoop niet ongedaan worden gemaakt, zoals in verordeningen van de vergoddelijke keizers ligt vervat.

De dubbele afhankelijkheid van het herpandrecht betekende dat de herpandhouder pas mocht overgaan tot executie, indien niet alleen zijn schuldenaar, de pandhouder/herpandgever, in gebreke was, maar ook de pandgever zelf.⁵¹⁶ De pandhouder/herpandgever kon de herpandhouder vanzelfsprekend niet meer recht verschaffen dan hij zelf had.⁵¹⁷

Het recht van de herpandhouder zou waardeloos zijn geweest, indien de oorspronkelijke pandgever, Aulus, op elk moment bevrijdend kon betalen aan Blasius, de schuldenaar van de herpandhouder. Zijn herpandrecht was, zoals ik

van geweld of bruikleen ter bede, zie over dit *interdict* bijvoorbeeld Kaser 1971 (RP I), p. 398 (§ 96). Zie over de tekst van Scaevola bijvoorbeeld Wubbe 1958, p. 174 en verder.

⁵¹⁴ Zie over deze tekst Wubbe 1958, p. 182. Vaststond dat de pandhouder/herpandgever in gebreke was wat betreft de betaling van zijn schuld aan de herpandhouder. De eigenaar van de verpande zaak, die eveneens in gebreke was, beseftte dat een executoriale verkoop door de pandhouder onaantastbaar was. Hij vroeg zich echter af of die verkoop geldig was nu niet zijn eigen pandhouder de verpande zaak executoriaal had verkocht, maar de herpandhouder: *‘Hätte wirklich unser Gläubiger selbst nach Eintritt der Fälligkeit unserer Schuld den Verkauf vorgenommen, wäre uns nicht mehr zu helfen. Doch haben wir nun erfahren müssen, daß nicht er, sondern ein Dritter, ein angeblicher Afterpfandgläubiger, von dem wir nichts wußten, die Sache veräußert hat. Was ist davon zu halten?’*

⁵¹⁵ Het voorafgaande fragment van deze constitutie, C. 8,23(24),1,1, betrof een vraag over een vruchtgebruiker. Zie hierover Wubbe 1958, p. 180 en p. 183.

⁵¹⁶ Zie Zwalve 1994-1, p. 444-445.

⁵¹⁷ Zie hiervoor p. 139.

uitlegde, mede afhankelijk van de vordering, die Blasius op Aulus had. Door een bevrijdende betaling aan Blasius zou die vordering tenietgaan en daarmee ook het herpandrecht. Dernburg riep zelfs uit:

*‘Welche Sicherheit würde ein solches Recht dem Afterpfandgläubiger bieten!’*⁵¹⁸

De Romeinse juristen wisten dit gevaar te vermijden door de herverpanding te construeren als de verpanding van een vordering.⁵¹⁹ Herverpanding hield in dat de herpandgever, Blasius, zijn vordering op Aulus verpandde. Blasius’ pandrecht op de ring, gevestigd ter verzekering van Blasius’ vordering op Aulus, ging als afhankelijk recht mee over op Claudius. Een beschikking over het pandrecht los van een beschikking over de vordering ter verzekering waarvan het pandrecht was gevestigd, was in strijd met het accessoire karakter van het pandrecht.

Herverpanding aanmerken als de verpanding van de vordering van de herpandgever op de pandgever had voordelen.⁵²⁰ Niet alleen kon degene aan wie een vordering was verpand voorkomen dat bevrijdend werd betaald aan zijn pandgever door mededeling te doen van de verpanding aan de schuldenaar, maar ook bewerkstelligde de constructie dat de schuldenaar/pandgever, Aulus, bevrijdend kon betalen aan de herpandhouder, Claudius.⁵²¹

Een voorbeeld van een dergelijke bevrijdende betaling gaf Marcianus, die in zijn fragment over herverpanding niet voor niets naar de verpanding van een

⁵¹⁸ Zie Dernburg 1860, p. 477.

⁵¹⁹ Zie hierover bijvoorbeeld Out 2014, p. 73 en Zwolve 1994-1, p. 445 en verder. Zie verder Wubbe 1958, p. 155. Zie ten slotte Dernburg 1860, p. 478. Zie voor verwijzingen naar meer Pandektisten die van mening waren dat herverpanding hetzelfde is als de verpanding van een vordering Sohm 1864, p. 66 en verder. Sohm was zelf een andere mening toegedaan. Sohm zag de herverpanding als de vestiging van een pandrecht op een pandrecht, oftewel als een stapeling van pandrechten (zie Sohm 1864, p. 53): *‘Das Pfandrecht ist seiner Natur nach an keine bestimmte Form seines Objects gebunden. Wir haben es bisher schon in den mannigfaltigsten Formen, dennoch in seinem Wesen sich gleichbleibend, verfolgt; in der Lehre vom Afterpfandrecht bewahrheitet sich diese seine Eigenthümlichkeit am deutlichsten: es wird, was keinem anderen Rechte möglich ist, zugleich dominirendes Recht und unterliegendes Object, es kehrt, nachdem es seinen Kreislauf durch die verschiedensten Vermögensbestandtheile vollendet, hier zu sich selbst zurück.’*

⁵²⁰ Wubbe concludeerde dat herverpanding zonder verpanding van de vordering niet denkbaar was, zie Wubbe 1958, p. 176 en verder. Om het absurde van een dergelijke constructie aan te tonen, stelde hij zichzelf bijvoorbeeld de volgende vraag (zie Wubbe 1958, p. 177): *‘Wenn also der erste Gläubiger, indem er die Sache (...) weiterverpfändet, seine Forderung gegen den Schuldner nicht mitverpfändet, bleibt es ihm dann unbenommen, diese Forderung einem anderen Gläubiger zu verpfänden? Anders gesagt: stehen dem Pfandgläubiger zwecks Kreditgewinnung zwei Vermögensstücke zur Verfügung, die Forderung und sein Pfandrecht? Die Frage erheben, heißt sie verneinen.’*

⁵²¹ Zie met betrekking tot de verpanding van een vordering bijvoorbeeld C. 8,16(17),4. Zie voor de tekst van deze constitutie p. 7.

vordering wees. Deze stelling licht ik toe aan de hand van hetgeen Marcianus schreef. Voor het gemak van de lezer herhaal ik hier het fragment:

D. 20,1,13,2

Marcianus, libro singulari ad formulam hypothecariam. Cum pignori rem pigneratam accipi posse placuerit, quatenus utraque pecunia debetur, pignus secundo creditori tenetur et tam exceptio quam actio utilis ei danda est: quod si dominus solverit pecuniam, pignus quoque peremittitur. Sed potest dubitari, numquid creditori nummorum solutorum nomine utilis actio danda sit an non: quid enim, si res soluta fuerit? Et verum est, quod Pomponius libro septimo ad edictum scribit, si quidem pecuniam debet is, cuius nomen pignori datum est, exacta ea creditorem secum pensaturum: si vero corpus is debuerit et solverit, pignoris loco futurum apud secundum creditorem.

Marcianus, De hypotheekactie. Aangezien het heersende leer is dat een reeds verpande zaak door een ander in pand kan worden aangenomen, blijft het pand jegens de tweede crediteur verbonden voor zover beide bedragen verschuldigd zijn en moet hem zowel een exceptie als een analoge actie verleend worden. Maar indien de eigenaar zijn geldschuld betaald heeft, gaat ook het pandrecht teniet. Men kan echter betwijfelen of er al dan niet aan de schuldeiser een analoge actie verleend moet worden ter zake van de betaalde geldstukken: wat immers als ter voldoening van de verplichting een zaak gegeven is? En het is juist wat Pomponius in het zevende boek van zijn *Commentaar op het Edict* heeft geschreven: als iemand geld verschuldigd is en de vordering op hem in pand gegeven is, zal de [tweede] schuldeiser dit bedrag na inning met zichzelf verrekenen; maar als de betrokkene een lichamelijke zaak verschuldigd is en die ter betaling afgedragen heeft, zal deze bij wijze van pand bij de tweede schuldeiser zijn.

Marcianus vroeg zich af of de schuldeiser een actie toekwam om het geïnde op te eisen. Marcianus nam als voorbeeld betaalde geldstukken. Zolang deze niet door vermenging eigendom waren geworden van de ontvanger, was het de vraag aan wie de betaalde geldstukken toekwamen.⁵²² Naar mijn mening doelde Marcianus met het woord schuldeiser op de pandhouder/herpandgever, Blasius in het voorbeeld. Marcianus had een geval in gedachten waarin de eigenaar van de verpande zaak betaalde aan de herpandhouder, Claudius in mijn voorbeeld. Marcianus schreef niet expliciet dat de eigenaar betaalde aan de herpandhouder, Claudius, maar een lezing, die uitgaat van een betaling aan de pandhouder, Blasius, ligt niet voor de hand.⁵²³

⁵²² In geval van betaling van geldstukken was niet steeds sprake van vermenging, zoals Kaser uitlegde met onder meer verwijzingen naar teksten betreffende de *vindicatio nummorum*, de revindicatie van muntstukken die op meerdere plekken in het *Corpus Iuris* terug is te vinden. Zie Kaser 1961, p. 173 en verder.

⁵²³ Wubbe kon een lezing, die uitgaat van een betaling aan de pandhouder niet tot een goed einde brengen. Zie over de vraag aan wie de eigenaar betaalde Wubbe 1958, p. 143 en verder.

Marcianus beantwoordde de gestelde vraag namelijk door te wijzen op een tekst die betrekking had op de verpanding van een vordering. Stel nu dat in Marcianus' geval de eigenaar betaalde aan Blasius, dan sloeg het antwoord van Marcianus nergens op. Zijn antwoord zou dan hebben ingehouden dat Blasius het geïnde met zichzelf moest verrekenen. Voor Blasius viel er echter niets te verrekenen: indien Marcianus uitging van een betaling aan Blasius, dan inde Blasius als schuldeiser de vordering, die hij had op Aulus. Waar zou hij het geïnde bedrag mee hebben kunnen verrekenen? Minstens net zo absurd is het aan te nemen dat de eigenaar aan Blasius betaalde, indien het geïnde een lichamelijke zaak betrof. Ingevolge Marcianus' verwijzing naar de verpanding van een vordering zou Blasius de geïnde lichamelijke zaak dan in de plaats van het pand houden. Een betaling aan Blasius betekende echter dat hij zijn vordering voldaan kreeg. Na die voldoening kon van een zekerheidsrecht voor Blasius geen sprake meer zijn.

Het antwoord dat Marcianus gaf op de vraag of de schuldeiser een actie had ten aanzien van het geïnde, was daarentegen zinvol, indien Marcianus schreef over een geval waarin de eigenaar, Aulus in mijn voorbeeld, had betaald aan de herpandhouder, Claudius in mijn voorbeeld. Het antwoord hield in dat Claudius het geïnde geldbedrag mocht verrekenen met de schuld die Blasius aan hem had en ter verzekering waarvan de verpanding had plaatsgevonden. Een eventueel overschot moest hij afstaan aan Blasius. Betrof het geïnde een lichamelijke zaak, dan hield Claudius deze in de plaats van het pand.

Beide onderdelen van het fragment van Marcianus sloten naadloos op elkaar aan. Marcianus stelde zichzelf een vraag en beantwoordde die vervolgens. De glosse ging er ten onrechte van uit dat halverwege het fragment de situatie veranderde waarover Marcianus schreef.⁵²⁴

Deze constructie betekende dat de herpandhouder een bijzonder luxe positie had in het klassieke Romeinse recht. De herpandhouder had drie mogelijkheden, zodra de voorwaarden waren voldaan om tot executie van het pandrecht over te gaan, aangezien van subsidiariteit geen sprake was in het Romeinse recht.⁵²⁵ De herpandhouder kon er ten eerste voor kiezen om zijn schuldenaar te dwingen tot betaling. In plaats daarvan kon hij de hem verpande vordering innen. De derde mogelijkheid, die hij had, was het ter verzekering van de hem verpande vordering gevestigde pandrecht executeren, door de herverpande zaak te verkopen. In het voorbeeld betrof de herverpande zaak een ring.

⁵²⁴ Zie glosse *solutorum* bij D. 20,1,13,2: '*Id est: solvendum, et mutat hic casum. Nam supra species fuit obligata, hic autem nomen pecuniarium.*' Zie hierover Wubbe 1958, p. 148 en p. 151: '*sollte man da nicht, statt zu sagen: "mutat hic casum", den näher liegenden Schluß ziehen, daß nach seiner Ansicht das Verhältnis des Aftersachverpfänders zum Aftersachpfandgläubiger dem des Forderungsverpfänders zum Forderungspfandgläubiger durchaus ähnlich ist, ja, sich mit ihm vollkommen deckt?*'

⁵²⁵ Zie Koops 2010, p. 3 tot en met pagina 60 over subsidiariteit in het Romeinse recht.

Rest de vraag wat het betekende dat het pandrecht als afhankelijk recht met de verpande vordering overging van de pandhouder naar de herpandhouder. Deze overgang was geenszins een overdracht in die zin dat het pandrecht van het vermogen van de pandhouder naar het vermogen van de herpandhouder ging. De herpandhouder had de *actio Serviana* niet voor niets als *actio utilis*. Bovendien moest de herpandhouder een eventueel overschot afdragen aan de pandhouder. Verder waren de voorwaarden om tot executie over te mogen gaan anders voor de herpandhouder: het herpandrecht was afhankelijk van zowel de vordering, die de pandhouder/herpandgever had op de eigenaar/pandgever, als de vordering die de herpandhouder had op de pandhouder/herpandgever.

Ik vermoed dat de Romeinse juristen herverpanding net zo behandelden als andere gevallen waarin een ‘beperkt gerechtigde’, wiens recht was gevestigd door een andere ‘beperkt gerechtigde’, een afhankelijk recht uitoefende. Zo gaf Julianus aan iemand, die een perceel grond verpand had gekregen, een *actio utilis* om de erfdienstbaarheid te kunnen uitoefenen, die ten behoeve van dit perceel grond was gevestigd.⁵²⁶ Of denk aan het geval, waarin een verzekerde vordering was verkocht, of bijvoorbeeld in betaling was gegeven. In die gevallen kreeg de koper de mogelijkheid het pand op te eisen en uit te winnen.⁵²⁷ Zo schreven de keizers Diocletianus en Maximianus dat de koper deze actie kreeg naar het voorbeeld van de schuldeiser:

⁵²⁶ Zie D. 8,1,16.

⁵²⁷ Zo blijkt uit verschillende teksten, zie hierover Out 2005, p. 87 en verder en Harke 2016, p. 281 en verder. Hetgeen Diocletianus en Maximianus schreven blijkt bijvoorbeeld ook uit een tekst van Paulus (zie D. 18,4,6): *‘Emptori nominis etiam pignoris persecutio praestari debet eius quoque, quod postea venditor accepit: nam beneficium venditoris prodest emptori.’* Vertaling: ‘Aan de koper van een vordering moet ook de mogelijkheid om het pand op te eisen verschafd worden, met inbegrip van een pand dat de verkoper pas later ontvangen heeft. Want het voordeel van de verkoper komt ten goede aan de koper.’ Het was mogelijk dat de verkoper na de verkoop een pand verkreeg ter verzekering van de verkochte vordering, omdat deze vordering tot zijn vermogen bleef behoren. Een werkelijke cessie kenden de Romeinen namelijk niet, zie § 3.5. Zie ter bevestiging van de mogelijkheid een pandrecht uit te oefenen dat was gevestigd ter verzekering van een in betaling gegeven vordering C. 4,10,6, een constitutie uit het jaar 293, eveneens van Diocletianus en Maximianus: *‘Si in solutum nomen debitoris sui tibi debitor dedit tuus ac te in rem tuam procuratorem fecit, pignora, quae specialiter vel generaliter habes obligata, persequere. Quod si ab his, quibus fuerant obligata, cum potiores erant, distracta probentur, ab emptoribus advocari non posse perspicis.’* Vertaling: ‘Indien uw schuldenaar u de vordering op zijn eigen schuldenaar in betaling gegeven heeft en u ten behoeve van uw eigen vermogen tot procesvertegenwoordiger heeft aangesteld, win dan de zaken uit waarop u een bijzonder of generaal pandrecht hebt. Indien echter bewezen wordt dat die zaken verkocht zijn door degenen jegens wie zij [eveneens] tot zekerheid verbonden waren – en wel omdat zij een sterker recht hadden –, ziet u wel in dat zij niet meer aan de kopers ontnomen kunnen worden.’

C. 4,39,8 [jaartal onbekend]

Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Vigilano. Ex nominis emptione dominium rerum obligatarum ad emptorem non transit, sed vel in rem suam procuratori facto vel utilis secundum ea, quae pridem constituta sunt, exemplo creditoris persecutio tribuitur.

De doorluchtige keizers Diocletianus en Maximianus en de mederegenten aan [Aurelius] Vigilanus. Uit hoofde van de koop van een vordering gaat de eigendom van de daartoe als pand verbonden zaken niet op de koper over, maar wordt hem, hetzij nadat hij als procesvertegenwoordiger ten behoeve van zijn eigen vermogen is aangewezen, hetzij conform bepalingen die vroeger al bij verordening zijn vastgelegd, naar het voorbeeld van de schuldeiser een actie resp. een aangepaste actie tot opvordering toegedeeld.

Net zoals de praetor de koper van een vordering, of degene die een vordering in betaling had aangenomen, een *actio utilis* gaf om deze vordering te innen, gaf de praetor een *actio Serviana utilis* om het pandrecht te kunnen uitoefenen dat was gevestigd ter verzekering van de vordering die was gekocht.⁵²⁸ De *actio Serviana* was namelijk de actie, die de schuldeiser had en de keizers schreven dat de koper de actie kreeg naar het voorbeeld van de actie van de schuldeiser.

Op dezelfde wijze meen ik dat in geval van herverpanding de praetor de *actio Serviana utilis* gaf om het pand op te eisen aan degene die een vordering verpand kreeg waaraan zekerheidsrechten waren verbonden. Zoals ik schreef, kon de herpandhouder geen beroep doen op de gewone *actio Serviana*, aangezien de verpande zaak zich niet in het vermogen bevond van de herpandgever. Uit de tekst van Marcianus blijkt echter dat hij een *actio utilis* kreeg. Naar *ius civile* bleef de vordering en het pandrecht behoren tot het vermogen van de pandhouder/herpandgever, maar dankzij de praetor was de herpandhouder in staat dezelfde acties als de herpandgever in te stellen. Hij kreeg deze acties *utiles*.

Herverpanding leidde in het Romeinse recht dientengevolge niet tot de stapeling van een recht op een recht. Herverpanding was niets anders dan de verpanding van een verzekerde vordering. Degene, die een met een pandrecht verzekerde vordering kreeg verpand, kon het zekerheidsrecht uitoefenen, indien aan de voorwaarden voor executie was voldaan. De herpandhouder kon in rechte zijn recht afdwingen, dankzij de *actiones utiles*, die hij kreeg van de praetor.

⁵²⁸ Zie Out 2005, p. 92.

Hoofdstuk 6

Pignus nominis: oorsprong en terminologie

Vanaf welk tijdstip de praetor een *actio utilis* ter beschikking stelde aan de pandhouder is gissen. De verwijzing van Marcianus naar Pomponius veronderstelt dat de verpanding van vorderingen in ieder geval mogelijk was tijdens het werkzame leven van Pomponius. Pomponius verrichtte zijn werkzaamheden ten tijde van de keizers Hadrianus (117-138) en Antoninus Pius (138-161).⁵²⁹ In het jaar 225 schreef keizer Alexander Severus bovendien dat de verpanding van vorderingen eerder algemeen was aanvaard.⁵³⁰ Ten slotte blijkt wat betreft het ontstaan van het *pignus nominis* uit het rescript van Diocletianus en Maximianus aan Manasea dat degene aan wie een vordering was verpand, een *actio utilis* kreeg toen reeds was erkend dat de koper van een vordering een *actio utilis* toekwam.⁵³¹

De behoefte ontstond om schuldeisers zekerheid te geven door het verpanden van vorderingen. De praetor kwam aan deze behoefte tegemoet door degene aan wie een vordering was verpand een *actio utilis* te geven tegen de schuldenaar van de verpande vordering. Dernburg schreef:

*‘Forderungsrechte werden bei Entwicklung von Industrie und Speculationsgeist zum immer wichtigeren Bestandtheil unsres Vermögens; ihr Gesamtbetrag dürfte in manchen Epochen dem Werth der im Privateigenthum stehenden körperlichen Objecte nur wenig nachstehen. In solchen Zeiten entsteht das Bedürfniß, auch auf Ausstände hin Credit zu erhalten; im Rom mag dasselbe etwa seit Ende der Republik stärker hervorgetreten sein.’*⁵³²

⁵²⁹ Zie voor het fragment van Marcianus, ons bekend als D. 20,1,13,2 hiervoor p. 142. Zie over Pomponius: Kunkel 1967, p. 170. Zie eveneens Brandsma 2013-1, p. 228. Zie over de wereld van Hadrianus Hekster & Jansen 2015.

⁵³⁰ Zie C. 8,16(17),4. Zie hiervoor p. 7. Alexander Severus gebruikte het woord *placuit*. *Placuit* betekent (zie Heumann & Seckel 1958, p. 432): ‘*Ansicht, die sich durchgesetzt hat, jetzt unbestritten ist.*’

⁵³¹ Zie C. 4,39,7. Zie voor de tekst van dit rescript § 6.1. Zie over de *actio utilis* die toekwam aan de koper van een vordering § 3.5.3, in het bijzonder nt. 268.

⁵³² Zie Dernburg 1860, p. 461 (§ 60).

In het *Corpus Iuris Civilis* komen we twee termen tegen als sprake is van de verpanding van een vordering. Teksten betreffende de verpanding van een vordering hebben betrekking op verpanding van een *cautio* of op verpanding van de *nomen debitoris*. *Nomen debitoris* wordt doorgaans simpelweg vertaald als vordering. Een *cautio* was een schuldbekentenis.⁵³³ Chronologisch lijkt de praetor voor het eerst een *actio utilis* te hebben gegeven aan de pandhouder in geval van de verpanding van een vordering, die was vastgelegd in een schuldbekentenis. Om die reden bespreek ik hierna wat de teksten noemen de verpanding van *cautiones* en leg ik bovendien uit wat een *cautio* is. Daarna komen de teksten betreffende de verpanding van de *nomen debitoris* aan bod.

6.1 Verpanding van vorderingen vastgelegd in een schuldbekentenis

Ulpianus schreef:

D. 20,1,20

Ulpianus, libro sexagesimo tertio ad edictum. Cum convenit, ut is, qui ad refectionem aedificii credidit, de pensionibus iure pignoris ipse creditum recipiat, etiam actiones utiles adversus inquilinos accipiet cautionis exemplo, quam debitor creditori pignori dedit

Ulpianus, Het Edict LXIII. Wanneer overeen gekomen is dat degene die geld heeft uitgeleend voor het herstel van een gebouw, bij wijze van pand het geleende bedrag rechtstreeks uit de huurtermijnen afgelost zal krijgen, verkrijgt hij tegen de huurders ook aangepaste acties, dit naar analogie van het geval van een schuldbekentenis die door een schuldenaar aan zijn schuldeiser in pand gegeven is.

Ulpianus legde uit dat een *actio utilis* werd gegeven aan degene die geld had uitgeleend om een gebouw te herstellen, indien was overeengekomen dat hij bij wijze van pand zich uit de huuropbrengsten mocht voldoen.⁵³⁴ Deze actie was

⁵³³ Zie over het begrip *cautio* hierna. Verschillende juristen gebruikten het begrip ‘*cautio*’ in de betekenis van schuldbekentenis. Zo schreef Africanus (zie D. 32,64) over ‘*cautiones debitorum*’, die waren opgeborgen in een kist en werden gevonden na het overlijden van de *paterfamilias*.

⁵³⁴ In dit geval waren schuldeiser en schuldenaar overeengekomen dat de schuldeiser zich bij wijze van pand zou verhalen op de huuropbrengst. Ook buiten overeenkomst kwam het voor dat iemand, die geld had uitgeleend voor het herstel van een gebouw, bevoorrecht werd boven andere schuldeisers. Een schuldeiser die geld had uitgeleend voor het herstel van een gebouw kreeg voorrang op grond van een edict van Marcus Aurelius in geval van inbezitneming of verkoop van zaken op gezag van de rechter. Ulpianus schreef (zie D. 42,5,24,1): ‘*Divus Marcus ita edixit: “Creditor, qui ob restitutionem aedificiorum crediderit, in pecunia, quae credita erit, privilegium exigendi habebit.” Quod ad eum quoque pertinent, qui redemptori domino mandante pecuniam subministravit.*’ Vertaling: ‘De vergoedelijke Marcus Aurelius heeft bij edict het volgende bepaald: “De schuldeiser die

degene die het geld had uitgeleend gegeven naar het voorbeeld van het geval waarin een schuldbekentenis in pand was gegeven. ‘*Cautiois exemplo, quam debitor creditori pignori dedit*’ veronderstelt dat eerst de *actio utilis* werd gegeven aan personen aan wie een schuldbekentenis in pand was gegeven en pas daarna aan personen aan wie een vordering was verpand zonder dat een schuldbekentenis was overhandigd aan de pandhouder.⁵³⁵ Hellwig noemde de verpanding van schuldbekentenissen dientengevolge het prototype van de verpanding van vorderingen.⁵³⁶ Toen eenmaal de verpanding van de *cautio* leidde tot een analoge actie, was er volgens Lioni:

‘slechts een kleine sprong toe noodig om het vereischte van het schriftuur te doen vervallen en de verpanding van vorderingen zonder meer, eenvoudig van kracht te doen zijn.’⁵³⁷

Of, zoals Hellwig betoogde:

‘Denn dann musste als das juristisch wesentliche nicht die Verpfändung der tabula, sondern die Verpfändung der in derselben bezeichneten Forderung erscheinen.’⁵³⁸

Het lag voor de hand dat de verpanding van een vordering voor het eerst van een actie werd voorzien in een geval waarin een *cautio* aan de pandhouder was overhandigd. Zo leek de overgave van de *cautio* op het verschaffen van het bezit van de zaak, zoals gebeurde als een pandgever een lichamelijke zaak in vuistpand gaf.⁵³⁹ Bovendien beschermde de pandhouder zich tegen betaling aan de pandgever door de schuldbekentenis onder zich te nemen, zelfs zonder dat hiervoor een mededeling van de verpanding aan de schuldenaar van de verpande vordering nodig was. Een verstandig schuldenaar wilde enkel betalen in ruil voor afgifte van de schuldbekentenis, zodat de schuldbekentenis niet later tegen hem zou kunnen worden gebruikt.

voor het herstel van gebouwen geld heeft uitgeleend, zal betreffende dit uitgeleende geld bij de invordering bevoorrecht zijn.” Dit heeft ook betrekking op degene die in opdracht van de eigenaar geld heeft voorgesloten aan de aannemer.’

⁵³⁵ Zie hierover bijvoorbeeld Hellwig 1883, p. 6. Hellwig schreef: ‘*Hierzu kommen die Gründe, welche sich aus den Quellen namentlich der l. 20 (...) ergeben. In dieser Stelle stützt Ulpian die Gültigkeit der Verpfändung von Forderungen, über welche keine Urkunde ausgestellt ist, gerade auf die Verpfändung einer cautio. Da die römischen Juristen durch den Gebrauch des Ausdrucks exemplo immer anzeigen, dass sie einen schon bestehenden Rechtssatz auf einen neuen Fall analog anwenden, so ergibt sich hieraus das historische Verhältnis von selbst.*’

⁵³⁶ Zie Hellwig 1883, p. 6.

⁵³⁷ Zie Lioni 1885, p. 54.

⁵³⁸ Zie Hellwig 1883, p. 6.

⁵³⁹ Zie Lioni 1885, p. 52. Lioni merkte op: ‘de rechtshandeling kreeg op deze wijze een vorm en wij weten hoe de Romeinen juist aan vormen gehecht waren.’

Het verpanden van schuldbekentenissen komt eveneens voor in het rescript van Diocletianus en Maximianus aan Manasea. De keizers spraken over de verpanding van *cautiones debitorum*. Diocletianus en Maximianus schreven dat het ter beschikking stellen van *actiones utiles* aan de schuldeiser als normaal werd beschouwd.

C. 4,39,7 [jaartal onbekend]

Imp. Diocletianus et Maximianus AA. Manaseae. Postquam eo decursum est, ut cautiones quoque debitorum pignori darentur, ordinarium visum est, ut post nominis venditionem utiles emptori, sic (ut responsum est) vel ipsi creditori postulanti dandas actiones.

De doorluchtige keizers Diocletianus en Maximianus aan Manasea. Nadat het ertoe is gekomen dat ook schuldbekentenissen van schuldenaren als pand werden gegeven, is het als een normale regel beschouwd net als na de verkoop van een vordering aan de koper, zo ook – conform hetgeen als advies gegeven is – aan de schuldeiser, wanneer hij dit verlangt, aangepaste acties te verlenen.⁵⁴⁰

De heersende leer gaat ervan uit dat een *cautio* niets meer was dan een akte die kon helpen het bestaan van een schuld te bewijzen.⁵⁴¹ Jakab en Sirks betoogden echter dat een *cautio* meer was dan enkel een bewijsmiddel.⁵⁴² Volgens hen was sprake van een *contractus litteris*, een overeenkomst, die ontstond door het geschrift. Een *cautio* was volgens hen vergelijkbaar met een order- of toonderpapier.

Gaius legde in zijn *Instituten* uit dat het Romeinse recht verbintenissen kende, die ontstonden bij geschrift.⁵⁴³ Gaius schreef wat betreft schuldbekentenissen het volgende:

Gaius' *Instituten* 3,134

Praeterea litterarum obligatio fieri videtur chirographis et syngraphis, id

Daarnaast komt nog, naar men meent, bij geschrifte een verbintenis tot stand door een chirograaf en een syngraaf.⁵⁴⁴ Daarbij schrijft iemand dat hij iets schuldig is of

⁵⁴⁰ Mijn vertaling wijkt af van de vertaling van Spruit en de zijnen. Zie daarover hiervoor voetnoot 275. Zoals ik uitlegde, toonde Krüger in de jaren '80 van de negentiende eeuw aan dat de constitutie anders luidde dan tot dan toe gedacht. Zie daarover hiervoor voetnoot 276.

⁵⁴¹ Zie bijvoorbeeld Zwolve 2009, p. 358, Nelson & Manthe 1999, p. 516 en verder en Kaser 1969, p. 175, nt. 13 (= Kaser 1970, p. 401, nt. 13).

⁵⁴² Zie Jakab 2011, p. 275 en verder en zie Sirks 2016, p. 265 en verder. Jakab en Sirks' betoog had betrekking op chirografen in het algemeen. Een chirograaf is (zie Sirks 2016, p. 265): 'essentially, any document in which the writer makes a statement, usually in the form of a letter.' Een *cautio* was een chirograaf. Sirks' betoog zag specifiek op schuldbekentenissen (zie Sirks 2016, p. 266): 'But the kind of chirograph I want to discuss here is the one which contains the acknowledgement of a debt, particularly of a monetary debt.'

⁵⁴³ Zie Gaius' *Instituten* 3,128 en verder.

⁵⁴⁴ Spruit vertaalde *chirographis et syngraphis* als schuldbekentenis en betalingsbelofte. Ik heb ervoor gekozen om de termen chirograaf en syngraaf te gebruiken en zal na deze tekst

<p>est si quis debere se aut daturum se scribat, ita scilicet si eo nomine stipulatio non fiat. Quod genus obligationis proprium peregrinorum est.</p>	<p>zal geven; dit uiteraard alleen in het geval dat voor een dergelijke vordering geen vormelijke mondelinge overeenkomst tot stand komt. Dit type verbintenis is een rechtsfiguur, eigen aan vreemdelingen.</p>
--	--

Gaius schreef over twee typen oorkonden: chirografen en syngrafen. Een chirograaf was een akte waarin iemand een verklaring aflegde.⁵⁴⁵ Een *cautio* was een chirograaf, waarin een schuldenaar schriftelijk verklaarde een ander een bepaalde prestatie schuldig te zijn. Een chirograaf was handgeschreven in de eerste persoon enkelvoud.⁵⁴⁶ Hij die een verklaring aflegde, schreef ofwel het document zelf, ofwel gaf een ander opdracht om het in zijn naam te schrijven.⁵⁴⁷ Een syngraaf was daarentegen een akte, die niet was geschreven in de eerste persoon enkelvoud. Syngrafen gebruikten Romeinen onderling niet. Deze van oorsprong Hellenistische akten speelden uitsluitend een rol in betrekkingen tussen Romeinen en Grieken en in het rechtsverkeer tussen Grieken onderling.⁵⁴⁸

Uit het fragment van Gaius blijkt om te beginnen dat niet elke oorkonde dezelfde rechtskracht had. Gaius legde uit dat het tot stand komen van een verbintenis door een geschrift enkel aan de orde was, indien iemand schreef dat hij iets schuldig was zonder dat een *stipulatio* had plaatsgevonden. Aan de ene kant bestonden er namelijk schuldbekentenissen, die de weergave vormden van een verbintenis, bijvoorbeeld voortkomend uit een *stipulatio*. In een dergelijk geval ontstond de verbintenis niet door het geschrift, maar door de *stipulatio*. Het geschrift was enkel een bewijsmiddel. Aan de andere kant bestonden er schuldbekentenissen, die meer waren dan een bewijsmiddel. Mitteis sprak in dit geval van een *Dispositivurkunde*.⁵⁴⁹ Mitteis gebruikte de term *Zeugnisurkunde* indien het geschrift slechts als bewijsmiddel oftewel als getuigenis had te gelden.⁵⁵⁰ Nelson en Manthe maakten hetzelfde onderscheid, maar gebruikten andere termen. Nelson en Manthe plaatsten de *Beweisurkunde* tegenover de

kort uitleggen wat deze termen inhielden. Het gebruik van de term betalingsbelofte zou namelijk bij de lezer ten onrechte de indruk kunnen wekken dat Gaius niet per se doelde op een geschrift.

⁵⁴⁵ Zie Sirks 2016, p. 265. Zie hiervoor nt. 542. Zie over de begrippen chirograaf en syngraaf Nelson & Manthe 1999, p. 516 en verder. Nelson en Manthe schreven: ‘*Was die römische Urkundenpraxis als chirographum bezeichnete, war fast immer eine subjektiv stilisierte Urkunde.*’

⁵⁴⁶ Zie bijvoorbeeld het fragment van Paulus ons bekend als D. 12,1,40 in noot 278.

⁵⁴⁷ Zie hierover bijvoorbeeld Jakab 2011, p. 278 en verder.

⁵⁴⁸ Zie Nelson & Manthe 1999, p. 517.

⁵⁴⁹ Zie Mitteis 1908, p. 291 (§ 16).

⁵⁵⁰ Zie Mitteis 1908, p. 291 (§ 16).

schuldbegründende Urkunde.⁵⁵¹ Een *Beweisurkunde* diende als bewijsmiddel. Een *schuldbegründende Urkunde* daarentegen:

*‘beweist keine Tatsache, sondern ist selbst Tatsache. Eine solche Urkunde ist Mittel der Willenserklärung und somit Tatbestandselement der Schuldbegründung; sie ist schuldbegründende (oder in anderer Bezeichnung: dispositive) Urkunde.’*⁵⁵²

Gaius schreef dat het tot stand komen van een verbintenis bij geschrift een rechtsfiguur was eigen aan vreemdelingen. Gaius zei niet dat in het Romeinse recht de oorsprong van een verbintenis nooit een schuldbekentenis kon zijn. De heersende leer gaat er desalniettemin van uit dat een schuldbekentenis in het Romeinse recht geen *contractus litteris* opleverde.⁵⁵³ Zoals gezegd, betoogden Jakab en, in navolging van haar, Sirks echter het tegendeel. Jakab beriep zich met name op de hoeveelheid chirografen in de Romeinse rechtspraktijk. Naar aanleiding van Gaius’ *Instituten* 3,134 schreef zij:

*‘Ich finde hingegen, dass der Text keinen Hinweis darauf gibt, dass das chirographum als Urkundentyp den Peregrinen vorbehalten gewesen wäre. Unten werden wir sehen, dass die epigraphischen, literarischen und juristischen Quellen seit der jüngeren Republik die starke Präsenz der chirographa in der römischen Geschäftspraxis überzeugend belegen. Das spricht entschieden dagegen, dass es sich hier um ein “Reservatrecht” der Peregrinen ginge. Es ist wohl kaum denkbar, dass alle chirographa, die unter Römern auf tabulae überliefert sind oder von denen in den Juristenschriften berichtet wird, contra legem ausgestellt worden wären. Gaius scheint hier viel mehr darauf abgestellt zu haben, dass gewisse Schriftakte, die unter den Peregrinen verbreitet sind, ebenso eine obligierende Wirkung erzeugen wie der römische Litteralkontrakt. Mit dieser Eingliederung in das römische Vertragssystem folgt Gaius eigentlich der hellenistischen Rechtsauffassung, die der Urkunde konstitutive Wirkung bzw. unwiderlegbare Beweiskraft verleiht.’*⁵⁵⁴

Naar mijn mening kan uit de hoeveelheid chirografen echter niet worden afgeleid dat deze documenten de bron van een verbintenis waren naar Romeins recht. De grote hoeveelheid chirografen kan net zo goed verklaard worden door te wijzen op het feit dat een chirograaf als bewijsmiddel van belang was. Het opmaken van een chirograaf was bovendien hoe dan ook niet *contra legem*. Er is geen enkele reden om aan te nemen dat het een schuldenaar niet zou zijn toegestaan om een schuldbekentenis op te stellen. Zo benadrukte Gaius in de volgende tekst dat een

⁵⁵¹ Zie Nelson & Manthe 1999, p. 518.

⁵⁵² Zie Nelson & Manthe 1999, p. 518.

⁵⁵³ Zie Nelson & Manthe 1999, p. 523. Anders Jakab 2011, p. 277 en verder en Sirks 2016, p. 265 en verder.

⁵⁵⁴ Zie Jakab 2011, p. 277.

overeenkomst geldig was zonder geschrift, maar dat het geschrift het bewijs vergemakkelijkte.⁵⁵⁵

D. 20,1,4

Gaius, libro singulari de formula hypothecaria. Contrahitur hypotheca per pactum conventum, cum quis paciscatur, ut res eius propter aliquam obligationem sint hypothecae nomine obligatae: nec ad rem pertinet, quibus fit verbis, sicuti est et in his obligationibus quae consensu contrahuntur. Et ideo et sine scriptura si convenit ut hypotheca sit et probari poterit, res obligata erit de qua conveniunt. Fiunt enim de his scripturae, ut quod actum est per eas facilius probari poterit: et sine his autem valet quod actum est, si habeat probationem: sicut et nuptiae sunt, licet testationes in scriptis habitae non sunt.

Gaius, De hypotheekactie. Een hypotheek wordt aangegaan door het maken een overeenkomst, waarbij iemand afsprekt dat zijn zaken wegens een of andere verbintenis in hypotheek zijn verbonden. Het doet daarbij niet ter zake in welke bewoordingen dit gebeurt, zoals ook het geval is bij die verbintenissen die door enkele wils-overeenstemming tot stand komen. Daarom zal ook indien men zonder schriftelijke vastlegging overeengekomen is dat er een hypotheek is en dit bewezen zal kunnen worden, de zaak waarover de partijen dit overeenkomen verbonden zijn. Men stelt hierover namelijk schriftelijke stukken op om de bedoeling van de partijen daarmee eenvoudiger te kunnen bewijzen; maar ook zonder schriftelijke stukken is het bedoelde geldig, als het maar vatbaar is voor bewijs, zoals ook huwelijks-sluitingen geldig zijn, ook al zijn er geen op schrift gestelde getuigenverklaringen.

Een *cautio* diende in rechte als bewijsmiddel. Zo vermeldde Paulus hoe een *cautio* werd gebruikt in het gerecht van Papinianus.

D. 12,1,40

Paulus, libro tertio quaestionum. Lecta est in auditorio Aemilii Papiniani praefecti praetorio iuris consulti *cautio* huiusmodi: 'Lucius Titius scripsi me accepisse a Publio Maevio quindecim mutua numerata mihi de domo et haec quindecim proba recte dari kalendis futuris stipulatus est Publius Maevis, sponendi ego Lucius Titius.' (...)

Paulus, Rechtsvragen III. In het gerecht van Aemilius Papinianus, praetorisch prefect en rechtsgeleerde, is de volgende '*cautio*' voorgelezen: 'Ik, Lucius Titius, heb schriftelijk vastgelegd dat ik van Publius Maevis 15.000 sestertieën, uit diens eigen middelen aan mij uitbetaald, als geldlening heb ontvangen en Publius Maevis heeft bij stipulatie bedongen dat deze 15.000 in goed geld en naar behoren op de eerste van de volgende maand gegeven worden; ik, Lucius Titius, heb dat beloofd.' (...)

Jakab schreef dat een *cautio* onweerlegbare bewijskracht had. Geenszins was het echter zo dat tegenbewijs onmogelijk was. Het was zelfs zo dat een *cautio* geen enkele bewijskracht had, indien het om een geldlening ging en de schuldenaar beweerde dat de toegezegde lening niet was uitbetaald. Indien iemand geld te leen

⁵⁵⁵ Zie hierover bijvoorbeeld Zwolve 2009, p. 359.

zou ontvangen, dan kon het voorkomen dat hij – voordat het geld hem daadwerkelijk ter hand was gesteld – een schuldbekentenis had opgemaakt, omdat hij in de vorm van een *stipulatio* had beloofd het bedrag plus rente te zijner tijd terug te zullen betalen.⁵⁵⁶ De schuldeiser die de schuldenaar aansprak op grond van de *stipulatio* handelde onbehoorlijk, indien hij het geld niet ter beschikking had gesteld aan de schuldenaar. De schuldenaar kreeg om die reden de mogelijkheid zich te verweren met de *exceptio non numeratae pecuniae* als hij desalniettemin werd aangesproken tot betaling van het bedrag dat hij in de vorm van een *stipulatio* had beloofd te zullen geven.⁵⁵⁷ Het gevolg van het opwerpen van deze exceptie was dat de eiser moest bewijzen dat hij het geleende geld had uitbetaald. De schuldenaar werd zo het bewijs bespaard dat hij het geld niet had ontvangen. Het opwerpen van de exceptie was enkel mogelijk gedurende een bepaalde periode.⁵⁵⁸ Keizer Antoninus Caracalla schreef aan ene Demetria bijvoorbeeld het volgende.

⁵⁵⁶ Ten opzichte van *mutuum* (verbruikleen) had het verschaffen van een geldlening in de vorm van een *stipulatio* het voordeel dat rente bedongen kon worden.

⁵⁵⁷ De *exceptio non numeratae pecuniae* kwam voort uit rescripten van de keizers in de laatklassieke periode en speelde een rol als verweermiddel in het cognitieproces, zie Kaser/Knütel & Lohsse 2017, p. 248 (§ 40, nr. 8). Het rescript van Caracalla plaatsten de compilatoren van het *Corpus Iuris Civilis* in de titel betreffende niet uitbetaald geld. Zie bijvoorbeeld C. 4,30,1, De doorluchtige keizers [Septimus] Severus en Antoninus [Caracalla] aan Hilarus: ‘*Si pecuniam tibi non esse numeratam atque ideo frustra cautionem emissam adseris et pignus datum probaturus es, in rem experiri potes: nam intentio dati pignoris neque numeratae pecuniae non aliter tenebit, quam si de fide debiti constiterit. Eademque ratione veritas servetur, si te possidente pignus adversarius tuus agere coeperit.*’ Vertaling: ‘Indien u aanvoert dat het geld niet aan u is uitbetaald en dat u derhalve ten onrechte een schuldbekentenis hebt afgegeven en u kunt bewijzen dat u een pand gegeven hebt, kunt u met een zakelijke actie procederen. De rechtsbewering dat er een pand gegeven is en dat het geld niet is afgegeven, houdt alleen dan stand, wanneer een werkelijke schuld is komen vast te staan. En op diezelfde grond moet aan de waarheid vastgehouden worden, indien uw tegenpartij, wanneer u het pand bezit, tegen u begonnen is te procederen.’ [197] Zie verder bijvoorbeeld C. 4,30,2, De doorluchtige keizer Antoninus [Caracalla] aan Maturius: ‘*Minorem pecuniam te accepisse et maioris cautionem interposuisse si apud eum qui super ea re cogniturus est constiterit, nihil ultra quam accepisti cum usuris in stipulatum deductis restituere te iubebit.*’ Vertaling: ‘Indien ten overstaan van de functionaris die van die zaak kennis zal nemen, komt vast te staan dat u minder geld ontvangen hebt en voor méér een schuldbekentenis hebt opgesteld, zal hij u gelasten niets méér dan u ontvangen hebt terug te betalen, tezamen met de rente die bij de stipulatie bedongen is.’ [213] Zie voor wat betreft de schuldbekentenis van een stipulatie in het algemeen bijvoorbeeld: Kunkel/Honsell 1987, p. 107 (§ 47). Gaius sprak in een dergelijk geval van een exceptie wegens ernstig onbehoorlijk gedrag, zie Gaius’ *Instituten* 4,116.

⁵⁵⁸ De periode waarbinnen de exceptie moest zijn opgeworpen, was eerst één jaar. Vanaf Diocletianus was het vijf jaar. Sirks meende dat deze beperking in tijd een stimulans was voor de handel in chirographen: ‘*This restriction must have facilitated the transfer of a chirograph of a loan debt enormously and must have been a great stimulant for finance and commerce: the creditor/possessor simply waited one year before transferring. When*

C. 4,30,3 [A.D. 215]

Imp. Antoninus A. Demetriae.

Si ex cautione tua, licet hypotheca data, conveniri coeperis, exceptione opposita seu doli seu non numeratae pecuniae compelletur petitor probare pecuniam tibi esse numeratam: quo non impleto absolutio sequetur.

De doorluchtige keizer Antoninus [Caracalla] aan Demetria.

Indien men begonnen is u aan te spreken op grond van uw schuldbekentenis, zal, ook al is er hypotheek verleend, de eiser gedwongen worden te bewijzen dat het geld u is uitbetaald, wanneer de exceptie wegens wangedrag of wegens niet-uitbetaling van geld is tegengeworpen. Indien dat bewijs niet geleverd wordt, zal vrijspraak volgen.

Caracalla vermeldde niet dat de schuldbekentenis volgde op een *stipulatio*. Het is niet ondenkbaar dat het document aangaf dat sprake was van een *stipulatio*, maar zeker weten we dat niet. Wel kennen we een ander rescript van Caracalla, waaruit blijkt dat het niet expliciet aangeven dat sprake was van een *stipulatio* overkomelijk was. Caracalla vaardigde het rescript uit gezamenlijk met zijn vader.

C. 8,37(38),1 [A.D. 200]

Imp. Severus et Antoninus

AA. Secundo. Licet epistulae, quam libello inseruisti, additum non sit stipulatum esse eum cui cavebatur, tamen si res inter praesentes gesta est, credendum est praecedente stipulatione vocem spondentis secutam.

De doorluchtige keizers [Septimius] Severus en Antoninus [Caracalla] aan Secundo.

Ook al is in de brief die u in uw verzoekschrift hebt ingelast, niet opgenomen dat degene jegens wie een garantieverklaring werd gegeven, deze bij stipulatie had bedongen, toch moet worden aangenomen dat op een voorafgaande stipulatievraag het antwoord van de belover is gevolgd, vooropgesteld dat de transactie tot stand is gekomen tussen partijen die aanwezig waren.

Onder invloed van de hellenistische rechtspraktijk was het gebruikelijk geworden om een *stipulatio* schriftelijk vast te leggen.⁵⁵⁹ De *stipulatio* ontwikkelde zich in het Romeinse recht van mondelinge tot schriftelijke overeenkomst.⁵⁶⁰ Het geschrift vermeldde doorgaans dat een *stipulatio* had plaatsgevonden doordat het

this restriction was introduced is unknown: it existed in any case in 215-217. Zie Sirks 2016, p. 273. Justinianus verkortte de periode tot twee jaar, zie C. 4,30,14.

⁵⁵⁹ Zie Zimmermann 1996, p. 79: ‘Even in classical Roman law already a document embodying the content of the stipulation was usually drawn up.’

⁵⁶⁰ Zie hierover bijvoorbeeld Zimmermann 1996, p. 80 en verder. Zie over de ontwikkeling van de *stipulatio* eveneens Knütel 2009, p. 223 en verder. De juristen hielden niet langer streng vast aan de mondelinge vereisten (Zie Knütel 2009, p. 256): ‘Durchmustern wir die Handbuch- und die Lehrbuchliteratur, so ergibt sich ein Gesamteindruck, wie ihn Fritz Schulz ausgedrückt hat: “Thus few rules had to be observed in the making of this contract (i.e. the stipulation), but those few had to be observed scrupulously.” An dieser strengen Wahrung der Form soll bis an das Ende der Klassik festgehalten worden sein. Mit den Quellen steht diese “idealistische” Betrachtungsweise jedoch nicht im Einklang. Die Quellen lassen vielmehr eine allmähliche Demontage der Stipulationsform erkennen, die bei den Hochklassikern deutlich wird und bei den Spätklassikern ein so fortgeschrittenes Stadium erreicht, daß der Boden für die Auflösung der Form in der Nachklassik bereitet

document werd afgesloten met de vermelding dat de schuldeiser om deze prestatie had gevraagd en dat de schuldenaar de prestatie had beloofd.⁵⁶¹ Ulpianus schreef bijvoorbeeld:

D. 2,14,7,12

Ulpianus, *libro quarto ad edictum*. Quod fere novissima parte pactorum ita solet inseri ‘rogavit titius, sponndit maevius’, haec verba non tantum pactionis loco accipiuntur, sed etiam stipulationis: ideoque ex stipulatu nascitur actio, nisi contrarium specialiter adprobetur, quod non animo stipulantium hoc factum est, sed tantum paciscentium.

Ulpianus, *Het Edict IV*. Wat men doorgaans in de volgende bewoordingen aan het slot van afspraken pleegt in te lassen: ‘Titius heeft dit verzocht, Maevius heeft dat beloofd’, deze woorden worden niet alleen als afspraak opgevat, maar ook als stipulatie. Daarom ontstaat er een actie uit stipulatie, tenzij uitdrukkelijk het tegendeel bewezen wordt, namelijk dat die invoeging niet aangebracht werd met de bedoeling een stipulatie te verrichten, maar slechts om een vormvrije afspraak aan te gaan.

Tegenbewijs was weliswaar lastig, maar bleef mogelijk.⁵⁶² Het was bijvoorbeeld mogelijk om te bewijzen dat een *stipulatio* niet had kunnen plaatsvinden, aangezien de in het geschrift genoemde schuldeiser en schuldenaar zich niet op dezelfde plek hadden bevonden op het tijdstip in kwestie. De praktijk kon grote waarde hechten aan het geschrift, omdat tegenbewijs zo lastig was. Ongetwijfeld hechtte de praktijk op den duur meer waarde aan het geschrift, dan aan het mondelinge spel van vraag en antwoord. De *stipulatio* werd verondersteld, aldus Paulus:

Paulus’ *Sententiae* 5,7,2⁵⁶³

Verborum obligatio inter praesentes, non etiam inter absentes contrahitur. Quod si scriptum fuerit instrumento promississe aliquem, perinde habetur, atque si interrogatione praecedente responsum sit.

Uitspraken van Paulus 5,7,2

Een verbintenis door vormelijke woorden wordt slechts tussen aanwezigen, maar niet tussen afwezigen aangegaan. Als echter in een akte geschreven staat dat iemand beloofd heeft, wordt het ervoor gehouden dat na een voorafgaand vragen geantwoord is.

Deze ontwikkeling leidde ertoe dat Paulus elders het volgende kon concluderen.

ist.’ Aan het einde van de vijfde eeuw sloot keizer Leo de ontwikkeling af door te bepalen dat voor een stipulatio wilsovereenstemming voldoende was; zie C. 8,37(38),10.

⁵⁶¹ Zie Zimmermann 1996, p. 79.

⁵⁶² Zie Zimmermann 1996, p. 80.

⁵⁶³ Zie hiervoor noot 191 over de *Sententiae* van Paulus.

D. 44,7,38

Paulus, *libro tertio ad edictum*. Non figura litterarum, sed oratione, quam exprimunt litterae, obligamur, quatenus placuit non minus valere, quod scriptura, quam quod vocibus lingua figuratis significaretur.

Paulus, *Het Edict III*. Niet door de uiterlijke gedaante van de letters, maar door de zin die letters tot uitdrukking brengen, worden wij verbonden, omdat het nu eenmaal heersende leer is dat wat in geschreven vorm tot uitdrukking gebracht wordt niet minder gelding heeft dan wat met de door de tong gevormde woorden wordt aangeduid.

Paulus legde uit dat niet het geschrift de bron was van de verbintenis. Niet de letters zelf verbonden. Bepalend was hetgeen de letters tot uitdrukking brachten: schriftelijke overeenstemming had dezelfde waarde als mondelinge overeenstemming. Zimmermann schreef dan ook naar aanleiding van het rescript van Septimius Severus en Caracalla het volgende:

*'Here the letter did not even mention that oral question and answer had been given. Yet, as long as the transaction had taken place inter praesentes, on the basis of the promise being put down in writing, it was accepted that a stipulation had been concluded! Thus, in actual practice, the oral formality was increasingly neglected and the stipulation was largely converted into a promise in writing. Of course, it was still open to the debtor to prove that the formal oral act had not in fact taken place; but apart from showing that it could not have taken place (...), such proof of the negative is notoriously difficult.'*⁵⁶⁴

Het was zo gewoon geworden dat een *stipulatio* schriftelijk werd vastgelegd, dat een *stipulatio* werd verondersteld te hebben plaatsgevonden, indien het document een belofte bevatte, die was gedaan onder aanwezigheid. Severus en Caracalla gingen voorbij aan het feit dat het document geen melding maakte van de *stipulatio*. Vaak bevatte een *cautio* echter wel degelijk de door Ulpianus genoemde clausule die erop duidde dat een *stipulatio* had plaatsgevonden. Zo concludeerde Zimmermann wat betreft Egyptische papyri afkomstig uit de periode na de uitvaardiging van de *constitutio Antoniniana*:

*'If, for instance, we look through the Egyptian papyri, we find that after the enactment of the constitutio Antoniniana this clause (καὶ ἐπερωτηθεὶς ὁμολόγησα – interrogatus spopondit) became an essential element of the documentation of legal transactions, its purpose obviously being to render the obligation enforceable according to Roman law.'*⁵⁶⁵

Sirks schreef dat in ieder geval vanaf 215-217 een chirograaf betreffende een geldschuld werd beschouwd als een *contractus litteris*:

⁵⁶⁴ Zie Zimmermann 1996, p. 80.

⁵⁶⁵ Zie Zimmermann 1996, p. 79.

‘Thus in any case from 215-217 the chirograph of a money debt was considered as an obligation of strict law, even if not formulated in a stipulation, and therefore considered a contractus litteris. That would in any case fit the grant of Roman citizenship to the peregrines in 212. It would be strange if a chirograph were constitutively valid between two Syrians before 212, but after 212, if brought before a judge, were considered merely evidentiary between them if they pleaded to be Romans, whereas it were cogent strict law if they were seen as still being also Syrians. (...) Thus even if chirographs would not have acquired constitutive force by then, in any case the extension of Roman citizenship would have led to the acceptance of chirographs as constituting a debt between Romans on the same level as a stipulation and turned it into a contractus litteris.’⁵⁶⁶

Toen in 212 peregrijnen het Romeins burgerschap kregen, veranderde het Romeinse recht echter niet inhoudelijk. De voormalige vreemdelingen waren Romeins burger geworden en konden als zodanig een beroep doen op het Romeinse recht. Indien zij wilden procederen op grond van het Romeinse recht, dan kon dat enkel met succes als de verbintenis waarop zij zich wilden beroepen, werd erkend door het Romeinse recht. De vreemdelingen waren zich hiervan bewust, zo blijkt uit de Egyptische papyri waarover Zimmermann schreef. Niet voor niets namen ze in het geschrift de clausule op, die erop duidde dat sprake was van een *stipulatio*. Een *stipulatio* was een door het Romeinse recht erkende verbintenis. Deze clausule was overbodig, indien het geschrift naar Romeins recht een *contractus litteris* was. Ik denk dan ook dat niet zozeer een schuldbekentenis een zelfstandige bron van verbintenissen was in het Romeinse recht, maar dat een schuldbekentenis doorgaans een *stipulatio* opleverde en als zodanig de bron van een verbintenis was. De schuldbekentenis was niet een van de *stipulatio* te onderscheiden overeenkomst, maar creëerde veeleer een *stipulatio*, met andere woorden de schuldbekentenis was een *stipulatio*.⁵⁶⁷

⁵⁶⁶ Zie Sirks 2016, p. 272.

⁵⁶⁷ Zie bijvoorbeeld D. 13,5,24, Marcellus, Adviezen: ‘*Titius Seio epistulam emisit in haec verba: “Remanserunt apud me quinquaginta ex credito tuo ex contractu pupillorum meorum, quos tibi reddere debebo idibus maiis probos: quod si ad diem supra scriptum non dederō, tunc dare debebo usuras tot.” Quaero, an Lucius Titius in locum pupillorum hac cautione reus successerit. Marcellus respondit si intercessisset stipulatio, successisse. Item quaero, an, si non successisset, de constituta teneatur. Marcellus respondit in sortem teneri: est enim humanior et utilior ista interpretatio.*’ Vertaling: ‘Titius heeft aan Seius een brief gestuurd in de volgende bewoordingen: “Er resteren bij mij nog 50.000 sestertiën uit een geldlening die door u verstrekt is op grond van een contract met de onder mijn voogdij staande kinderen, welke ik u op 15 mei in deugdelijke munt moet teruggeven. Mocht ik ze echter op de hierboven vermelde dag niet hebben teruggeven, dan zal ik u zo en zoveel rente moeten geven.” Mijn vraag is of Lucius Titius door deze schuldbekentenis als schuldenaar in de plaats van zijn pupillen is getreden. Marcellus heeft geantwoord dat dit het geval is, indien er sprake is geweest van een stipulatie. Voorts vraag ik of hij, indien hij niet in hun plaats getreden was, aansprakelijk kan zijn inzake de gemaakte betalingsafspraken. Marcellus heeft geantwoord dat hij dan voor de hoofdsom aansprakelijk is. Die interpretatie is namelijk het mildst en de meest zinvolle.’ Marcellus legde uit dat de voogd

Dat een schuldbekentenis geen *contractus litteris* was, blijkt bovendien uit de wetgeving van Justinianus. Justinianus had namelijk niet het volgende fragment in zijn *Instituten* opgenomen, indien een *cautio* de bron van een verbintenis zou zijn geweest.

Justinianus' *Instituten* 3,21

Olim scriptura fiebat obligatio, quae nominibus fieri dicebatur, quae nomina hodie non sunt in usu. Plane si quis debere se scripserit quod numeratum ei non est, de pecunia minime numerata post multum temporis exceptionem opponere non potest: hoc enim saepissime constitutum est. sic fit ut et hodie, dum queri non potest. scriptura obligetur: et ex ea nascitur condictio, cessante scilicet verborum obligatione. Multum autem tempus in hac exceptione antea quidem ex principalibus constitutionibus usque ad quinquennium procedebat: sed ne creditores diutius possint suis pecuniis forsitan defraudari, per constitutionem nostram tempus coartatum est, ut ultra biennii metas huiusmodi exceptio minime extendatur.

Vroeger was er een verbintenis die bij geschrifte tot stand kwam. Men zei hiervan dat zij door inboeking tot stand gebracht werd. Deze inboeking is tegenwoordig niet meer in gebruik. Natuurlijk is het zo, dat als iemand schriftelijk heeft verklaard een bedrag schuldig te zijn dat hem niet is uitbetaald, hij na verloop van een lange termijn niet meer de exceptie wegens niet-uitbetaling van het geld kan opwerpen; dit is namelijk zeer vaak verordend. Zo komt het dat men ook heden ten dage, doordat men daarover geen klacht meer kan opwerpen, door zijn geschrift verbonden wordt. Dit geschrift vormt de grondslag voor een condictie, omdat de door vormelijke woorden aangegane verbintenis immers weggevallen is. Die lange termijn met betrekking tot de bedoelde exceptie liep voorheen krachtens keizerlijke verordeningen tot ten hoogste vijf jaren. Maar om te voorkomen dat aan schuldeisers wellicht arglistig te lange tijd het hun toekomende geld onthouden kan worden, is de termijn bij Onze verordening verkort, met het gevolg dat een dergelijke exceptie zich niet meer buiten de limiet van twee jaren kan uitstrekken.

Justinianus gaf zijn *Instituten* vorm naar het voorbeeld van die van Gaius. Gaius besteedde aandacht aan de verbintenissen, die ontstonden bij geschrift. De compilatoren van Justinianus' *Instituten* wijdden een uit één fragment bestaande titel aan de verbintenis bij geschrifte, *de litterarum obligatione*.⁵⁶⁸ In de periode tussen Gaius en Justinianus was er echter het nodige veranderd wat betreft de verbintenissen, die ontstonden door geschrift. Gaius noemde naast de schuldbekentenis als bron van een verbintenis eigen aan vreemdelingen, een verbintenis, die ontstond door het boeken van een schuld in het kasboek van een *pater*

niet zelf aansprakelijk was op grond van de schuldbekentenis. Hij was enkel in de plaats van de onder zijn voogdij staande kinderen getreden, indien sprake was van een *stipulatio*. Indien geen sprake was van een *stipulatio* dan was hij als voogd wel gebonden aan de betalingsafpraak.

⁵⁶⁸ Zie Justinianus' *Instituten* 3,21.

familias.⁵⁶⁹ De verbintenis, die op deze wijze ontstond, werd in de tijd van Gaius echter al niet veel gebruikt en raakte daarna bovendien in onbruik.⁵⁷⁰ De compilatoren begonnen om die reden het fragment met de mededeling dat er vroeger een verbintenis was, die bij geschrifte tot stand kwam. Uit dit begin en het vervolg van het fragment blijkt dat er in Justinianus' tijd geen verbintenis was, die ontstond door geschrift.⁵⁷¹ Wat betreft de schuldbekentenis wezen de compilatoren er namelijk op dat de verbintenis was aangegaan door vormelijke bewoordingen.

Ten onrechte meenden de compilatoren naar mijn mening dat geen sprake meer was van een *stipulatio*, zodra de termijn was verlopen waarin de *exceptio non numeratae pecuniae* kon worden opgeworpen. Het wegvallen van een verweermiddel veranderde namelijk niets aan de bron waaruit de verbintenis in het verleden was ontstaan. De verbintenis ontstond niet, doordat de schuldenaar zich niet langer kon verweren. De schuldenaar was reeds verbonden en wel op grond van de *stipulatio*.

⁵⁶⁹ Zie Gaius' *Instituten* 3,128 en verder.

⁵⁷⁰ Zie Evans-Jones & MacCormack 1998, p. 148.

⁵⁷¹ Zie over de kwestie of er in de tijd van Justinianus een verbintenis bestond, die ontstond door geschrift bijvoorbeeld Moyle. Moyle beantwoordde die vraag ontkennend en wees daarbij naar de Digesten. De compilatoren vermeldde daar namelijk hoe verbintenissen uit contract ontstonden aan de hand van de volgende tekst van Gaius (D. 44,7,1,1 Gaius, *Gulden gezegden* II): '*Obligationes ex contractu aut re contrahuntur aut verbis aut consensu.*' Vertaling: 'Verbintenissen uit contract worden aangegaan door [het aannemen van] de zaak, door [bepaalde] woorden of door wilsovereenstemming.' Uit de originele geschriften van Gaius, weten we echter dat Gaius zelf vier typen verbintenissen uit contract kende. Gaius begon zijn verhandeling over het verbintenissenrecht in zijn *Instituten* met de opmerkingen dat iedere verbintenis ontstond uit contract of uit delict. Vervolgens schreef hij (Gaius' *Instituten* 3,89): '*Et prius videamus de his, quae ex contractu nascuntur. harum autem quattuor genera sunt: aut enim re contrahitur obligatio aut verbis aut litteris aut consensu.*' Vertaling: 'Laten wij eerst die welke uit contract ontstaan bezien. Daarvan bestaan vier typen: een verbintenis wordt namelijk aangegaan door afgifte van de zaak, door vormelijke woorden, bij geschrifte of door wilsovereenstemming.' Moyle meende dat het fragment van Gaius oorspronkelijk de toevoeging *aut litteris* bevatte. Moyle: '*It need hardly be said that beyond all doubt Gaius, who is the author of the passage, added "aut litteris" after "verbis", and that these two words were struck out as antiquated by the commission of compilation.*' Moyle was om die reden van mening dat de compilatoren bij het maken van de *Instituten* een fout maakten. Verwijzend naar D. 44,7,1,1 merkte hij op: '*The fact is that the compilers of the Institutes, in working through the earlier work of Gaius, incautiously transcribed the whole of iii. 89, and consequently when they had finished the subject of stipulation felt bound to make some sort of a show of a "literal" contract. In the Digest, which was meant for practitioners, more than for students, no such mistake was made.*' Zie Moyle 1969, p. 498. Ik denk dat de verwijzing naar schuldbekentenissen in de *Instituten* niet vreemd is, hoewel deze verwijzing juridisch onjuist was. De compilatoren, die wisten dat schuldbekentenissen een grote rol speelden in de praktijk, borduurden voort op Gaius' *Instituten*, waarin Gaius verwees naar akten bij de verbintenissen, die ontstonden door geschrift.

Ik denk dat de verwarring bij de compilatoren ontstond, doordat de praktijk grote waarde hechtte aan het geschrift, zoals ik hierna zal uitleggen. Het geschrift was van doorslaggevend belang bij het met succes instellen van een procedure tegen de schuldenaar, omdat tegenbewijs uiterst lastig was na het verstrijken van de termijn waarin de *exceptio non numeratae pecuniae* kon worden opgeworpen. Ten onrechte zal de indruk zijn ontstaan dat vanaf dat moment het geschrift de bron was van de verbintenis.

Indien het algemeen was geaccepteerd dat een schuldbekentenis een *contractus litteris* was, dan had Justinianus simpelweg geschreven dat een verbintenis tot stand kwam door middel van het opstellen van een schuldbekentenis. Hij had dan niet geschreven dat sprake was van een verbintenis aangegaan door formele woorden, die als het ware werd omgezet in een schriftelijke verbintenis als de termijn was verstreken waarin de *exceptio non numeratae pecuniae* kon worden opgeworpen. Die ingewikkelde en mijns inziens juridisch onhoudbare constructie had hij achterwege kunnen laten, indien een *cautio* een *contractus litteris* was. Buckland schreef over Justinianus:

*‘In his day, it is said, Roman Law had adopted from Greek law the rule that a written cautio was a binding contract. This hardly seems proved: if the principle existed that any written agreement was a binding contract, it would not seem to be necessary to resort to this complex hypothesis. But it can hardly be doubted that the Greek notion was present to the writers: it may be that this text is their way of harmonizing Roman principle with what they saw in practice around them.’*⁵⁷²

Ten slotte blijkt dat een *cautio* geen waardepapier was uit de schadevergoeding die een dief moest betalen als hij een *cautio* stal. Indien een *cautio* een waardepapier zou zijn geweest, dan zou het voor de hand hebben gelegen dat de dief de waarde van de vordering, die het papier belichaamde, volledig moest vergoeden. Uit de bronnen blijkt echter dat de dief enkel aansprakelijk was tot vergoeding van de vordering als de vordering niet op een andere wijze kon worden bewezen dan door middel van de schuldbekentenis. De schade bedroeg namelijk niet slechts de waarde van de gegevensdrager, bijvoorbeeld het kleitablet, als de vordering niet op een andere wijze kon worden bewezen.⁵⁷³ Het geschrift belichaamde niet de vordering, maar was enkel een bewijsmiddel. Ulpianus legde uit:

⁵⁷² Zie Buckland 1931, p. 263.

⁵⁷³ Zie hierover bijvoorbeeld Sirks 2016, p. 269 en verder. Zie eveneens D. 9,2,40 Paulus, *Het Edict III*: ‘*In lege Aquilia, si deletum chirographum mihi esse dicam, in quo sub condicione mihi pecunia debita fuerit, et interim testibus quoque id probare possim, qui testes possunt non esse eo tempore, quo condicio extitit, et si summatim re exposita ad suspicionem iudicem adducam, debeam vincere: sed tunc condemnationis exactio competit, cum debiti condicio extiterit: quod si defecerit, condemnatio nullas vires habebit.*’ Vertaling: ‘Als ik stel dat bij mij een schuldbekentenis uitgewist is waarin stond dat mij een bepaald bedrag onder voorwaarde verschuldigd was en ik dit ook voorshands met getuigen kan bewijzen

D. 47,2,27,1

Ulpianus, *libro quadragesimo primo ad Sabinum*. Inde potest quaeri, si quis, cum alias probationes mensaeque scripturam haberet, chirographi furtum passus sit, an aestimari duplo chirographi quantitas debeat. Et numquid non, quasi nihil intersit? Quantum enim interest, cum possit debitum aliunde probare? Quemadmodum si in binis tabulis instrumentum scriptum sit: nam nihil videtur deperdere, si futurum est, ut alio chirographo salvo securior sit creditor.

Ulpianus, *Op Sabinus* XLI. Vandaar dat men de vraag kan stellen: indien iemand diefstal van een schuldbekentenis overkomen is, moet dan, wanneer hij nog andere bewijzen en het boekingsbewijs van een bank heeft, op het dubbele van het in de schuldbekentenis genoemde bedrag getaxeerd worden? Men zou toch zeggen van niet, omdat hij geen enkel belang bij de schuldbekentenis heeft. Hoe groot is immers het belang daarbij, wanneer hij de schuld langs een andere weg kan bewijzen? Het is net zo'n geval als wanneer een bewijsstuk in tweevoud opgemaakt is: de schuldeiser lijkt namelijk geen verlies te lijden, ook al zou het zo zijn dat hij bij behoud van de andere schuldbekentenis veiliger is.

Zoals ik uitlegde, ontstond de verwarring bij Justinianus doordat de praktijk grote waarde hechtte aan het geschrift. De praktijk verkeerde in de veronderstelling dat een verkoop of een legaat van een schuldbekentenis niet alleen zag op de gegevensdrager, maar ook op de vordering. Julianus schreef bijvoorbeeld dat wie een schuldbekentenis legateerde, daarbij niet slechts dacht aan de schrijfplankjes, maar ook aan de acties, waarvan het bewijs op de plankjes vervat was:

D. 32,59

Julianus, *libro trigesimo quarto digestorum*. Qui chirographum legat, non tantum de tabulis cogitat, sed etiam de actionibus, quarum probatio tabulis continetur: appellatione enim chirographi uti nos pro ipsis actionibus palam est, cum venditis chirographis intellegimus nomen venisse. Quin etiam si nomen quis legaverit, id quod in actionibus est legatum intellegitur.

Julianus, *Digesten* XXXIV. Wie een schuldbekentenis legateert, denkt daarbij niet slechts aan de schrijfplankjes, maar ook aan de acties, waarvan het bewijs op de plankjes vervat is. Het is namelijk overduidelijk dat wij de aanduiding 'schuldbekentenis' gebruiken in plaats van de bijbehorende acties, omdat wij er bij verkoop van schuldbekentenissen ook vanuit gaan dat de vordering verkocht is. Sterker nog, ook als iemand een vordering heeft gelegateerd, gaat men er vanuit dat datgene gelegateerd is, wat met de acties verkregen kan worden.

– getuigen die wellicht niet meer ter beschikking staan op het ogenblik dat de voorwaarde in vervulling gaat –, en als ik met een korte argumentatie de rechter ertoe kan brengen de juistheid van mijn verhaal te aanvaarden, moet ik een proces op grond van de *Lex Aquilia* kunnen winnen. De tenuitvoerlegging van het veroordelend vonnis zal echter pas toegestaan zijn, wanneer de voorwaarde in vervulling is gegaan; als zij niet in vervulling gaat, zal de veroordeling geen enkele rechtskracht hebben.' Zie ten slotte D. 9,2,41, een fragment van Ulpianus met een verwijzing naar Marcellus.

De praktijk meende dat verkoop van de schuldbekentenis hetzelfde was als verkoop van de vordering. Ulpianus schreef het volgende.⁵⁷⁴

D. 30,44,5

Ulpianus, libro vicesimo secundo ad Sabinum. Eum, qui chirographum legat, debitum legare, non solum tabulas argumento est venditio: nam cum chirographa veneunt, nomen venisse videtur.

Ulpianus, Op Sabinus XXII. Dat iemand die een schuldbekentenis legateert het verschuldigde legateert, en niet alleen de akte, daarvoor levert de verkooppraktijk het bewijs; wanneer er schuldbekentenissen verkocht worden, neemt men immers aan dat de daarin vervatte schuldvordering is verkocht.

Het ligt dan ook voor de hand dat degene, die een schuldbekentenis kocht of gelegateerd kreeg, beschikte over een *actio utilis* teneinde de gekochte of gelegateerd gekregen vordering te kunnen innen.⁵⁷⁵ Sirks concludeerde:

*‘The fact that the chirograph may have contained still the name of the original creditor may have prevented the grant of a direct action. Perhaps an actio utilis was already issued in Julian’s times for these reasons. Such an independent right to an actio utilis of a successive creditor would not have been exceptional: previously Antoninus Pius had granted it to the assignee of a claim in certain circumstances, based on the grant of an actio utilis to the purchaser of an inheritance.’*⁵⁷⁶

Sommige schuldbekentenissen hielden uitdrukkelijk rekening met het feit dat een ander dan de oorspronkelijke schuldeiser de vordering kon innen. Het in Tolsum gevonden schrijflankje is hier een voorbeeld van. Het schrijflankje bevatte de belofte een lening terug te betalen. De schuldenaar beloofde te betalen aan zijn schuldeiser of aan degene die deze zaak zal aangaan, *ad quem ea res pertinebit*. Deze zinsnede kwam vaker voor in schuldbekentenissen.⁵⁷⁷ Zwolve meende zelfs dat de zinsnede standaard werd opgenomen naar aanleiding van het volgende fragment van Modestinus.⁵⁷⁸

D. 44,7,53,1

Modestinus, libro tertio regularum. Cum generaliter adiciamus ‘eive, ad quem ea res pertinebit’, et adrogantis et eorum, qui iure nobis succedunt, personas comprehendimus.

Modestinus, Rechtsregels III. Wanneer wij in algemene termen toevoegen ‘of aan degene die deze zaak zal aangaan’, verstaan wij daaronder ook degene die ons als gezagsbevoegd persoon adopteert en degenen die ons in rechte opvolgen.

⁵⁷⁴ Zie over dit fragment bijvoorbeeld Sirks 2016, p. 274-275.

⁵⁷⁵ Zie daarover hiervoor § 3.5.3.

⁵⁷⁶ Zie Sirks 2016, p. 277.

⁵⁷⁷ Zie hierover met verwijzingen Zwolve 2009, p. 362, nt. 35.

⁵⁷⁸ Zie Zwolve 2009, p. 364.

Modestinus schreef echter niet dat de zinsnede standaard werd opgenomen. Modestinus liet *generaliter* voorafgaan door *cum*. Hetgeen Modestinus opmerkte, zag op de gevallen waarin de zinsnede was toegevoegd. In die gevallen betekende *ad quem ea res pertinebit*: degene die ons in rechte zal opvolgen. Het betekent echter niet dat de zinsnede standaard werd toegevoegd.

Uit het fragment van Modestinus blijkt daarentegen wel dat de toevoeging voorkwam in gevallen waarin het de bedoeling was dat de prestatie met succes kon worden gevorderd door iemand, die de schuldeiser in rechte ‘opvolgde’. Ten aanzien van opvolging onder algemene titel merkte Paulus op:

D. 50,16,70

Paulus, libro septuagensimo tertio ad edictum. (...) Verba haec ‘is ad quem ea res pertinet’ sic intelleguntur, ut qui in universum dominium vel iure civili vel iure praetorio succedit, contineatur.

Paulus, Het Edict LXXIII. (...) De woorden ‘degene aan wie die zaak toebehoort’ worden zo opgevat dat daaronder diegene valt die in de volledige eigendom is opgevolgd, hetzij naar *ius civile*, hetzij naar praetorisch recht.

Wellicht gold hetgeen Paulus opmerkte analoog voor de koper van een schuldbekentenis. Hoewel in het Romeinse recht van een werkelijke opvolging geen sprake was in geval van cessie, kwam het er in de praktijk op neer dat een ander dan de oorspronkelijke schuldeiser de vordering inde. In die zin volgde de cessionaris op in de positie van de oorspronkelijke schuldeiser. De toekenning van een *actio utilis* had tot gevolg dat de schuldeiser in de positie werd gebracht van de cedent. Vanuit het gezichtspunt van de schuldenaar was degene, die de zaak aanging, dan ook degene aan wie de schuldbekentenis was verkocht.⁵⁷⁹ Het opnemen van de zinsnede *ad quem ea res pertinebit* leidde ertoe dat de schuldenaar gehouden was te betalen aan degene, die de zaak aanging, oftewel aan de opvolger van de schuldeiser.⁵⁸⁰ De zinsnede rechtvaardigde volgens Zwolve bovendien de opvolging:

‘Roman lawyers had to account for the fact that, in spite of their doctrines on the unassignability of intangibles, such as choses-in-action, debts were traded all the time as if they were mere commodities. It was their responsibility to bring the law, as they perceived it, in line with commercial reality. One of the ways of doing so consisted of construing the assignment of a debt as an instruction (iussum) by the

⁵⁷⁹ Zie Zwolve 2009, p. 363. Zwolve concludeerde: ‘A debtor could therefore be confronted by a stranger “whom his debt concerned”, that is someone to whom his initial creditor (or the heirs of the latter) had assigned his debt.’

⁵⁸⁰ Zie Zwolve 2009, p. 364: ‘The general purpose of the addition of the clause in a money loan was to make it perfectly clear that the debtor declared that he was bound, not only to the creditor (and his heirs), but also to anyone succeeding the original creditor in whatever quality.’

*creditor to his debtor, ordering the debtor to pay his debt to someone else (delegation). (...) It may well be that the clause to pay ad quem ea res pertinebit (note the future tense) served this purpose as well, in the sense that it contained an anticipatory promise to that effect.*⁵⁸¹

De opdracht te betalen aan *ad quem ea res pertinebit* hield naar mijn mening eveneens de opdracht in te betalen aan de pandhouder, indien de vordering was verpand. Indien de pandhouder met de *cautio* bij de schuldenaar kwam, legitimeerde hij zich als degene die de zaak aanging. Verpanding van een vordering leidde er namelijk toe dat een ander dan de oorspronkelijke schuldeiser de vordering kon innen door middel van een *actio utilis*, net als bijvoorbeeld in geval van ‘cessie’. De schuldbekentenis diende in theorie slechts als bewijs van het bestaan van een vordering uit *stipulatio*, maar aan het geschrift kon grote waarde worden gehecht, omdat tegenbewijs uiterst lastig was. De *stipulatio* was strikt genomen een mondelinge overeenkomst, maar ontwikkelde zich in de praktijk tot een schriftelijke overeenkomst. Degene, die de schuldbekentenis had, beschikte over een actie om de vordering te gelde te maken waarvan de schuldbekentenis het bewijs was.⁵⁸²

Ten slotte merk ik op dat de heersende leer overeind blijft wat betreft de uitleg van Gaius’ *Instituten* 3,134.⁵⁸³ Een *cautio* was naar Romeins recht geen *contractus litteris*. Gaius’ opmerking over het totstandkomen van een verbintenis bij geschrifte had inderdaad enkel betrekking op het recht van vreemdelingen. Vreemdelingen werden naar hun eigen recht verbonden door geschrift. Gaius vermeldde hierbij dat de gebondenheid door geschrift enkel aan de orde was, indien geen *stipulatio* had plaatsgevonden, omdat een *stipulatio* in bepaalde gevallen vreemdelingen kon binden naar Romeins recht.⁵⁸⁴ Een voorbeeld was *fideprommissio*.

6.2 Verpanding van de ‘*nomen debitoris*’

In verschillende van de teksten die zijn overgeleverd spraken de Romeinse juristen over het in pand geven van de ‘*nomen debitoris*’. Zo begon Alexander Severus zijn antwoord aan de gardesoldaat als volgt:

⁵⁸¹ Zie Zwalve 2009, p. 366.

⁵⁸² Zie Meyer 2004, p. 110: ‘*The reality of debts and credits was for centuries determined by their being written into tablets, and travelled with those tablets wherever they went and into whosoever’s hands they fell.*’

⁵⁸³ Zie voor het fragment hiervoor p. 154.

⁵⁸⁴ Zie hierover bijvoorbeeld Gaius’ *Instituten* 3,93 en Gaius’ *Instituten* 3,120.

C. 8,16(17),4⁵⁸⁵ [A.D. 225]

Imp. Alexander A. ..., evocato. Nomen quoque debitoris pignerari et generaliter et specialiter posse pridem placuit. (...)

De doorluchtige keizer Alexander [Severus] aan ..., opnieuw opgeroepen veteraan. Ook de vordering op een schuldenaar kan zowel generaal als afzonderlijk worden verpand, zoals al eerder algemeen is aanvaard. (...)

Dezelfde formulering gebruikte Paulus:

D. 13,7,18pr.⁵⁸⁶

Paulus, libro vicensimo nono ad edictum. Si convenerit, ut nomen debitoris mei pignori tibi sit, (...).

Paulus, Het Edict XXIX. Als wij overeen gekomen zijn dat de vordering op mijn schuldenaar u tot pand zal dienen, (...).

Ook Marcianus hanteerde dezelfde terminologie:

D. 20,1,13,2⁵⁸⁷

Marcianus, libro singulari ad formulam hypothecariam. Et verum est, quod Pomponius libro septimo ad edictum scribit, si quidem pecuniam debet is, cuius nomen pignori datum est, (...)

Marcianus, De hypotheekactie. En het is juist wat Pomponius in het zevende boek van zijn *Commentaar op het Edict* heeft geschreven: als iemand geld verschuldigd is en de vordering op hem in pand gegeven is, (...)

Spruit en de zijnen vertaalde de term ‘*nomen debitoris*’ als de vordering op de schuldenaar. Het Latijnse ‘*nomen*’ betekende in de eerste plaats niets anders dan naam. In de tweede plaats gebruikten de Romeinse juristen ‘*nomen*’ ter aanduiding van een vordering.⁵⁸⁸ De naam van de schuldenaar stond voor de vordering op die schuldenaar. Wubbe schreef:

“‘Nomen Titii’ ist demnach: das Konto “Titius” im Schuldbuch des Gläubigers, die Forderung des Gläubigers gegen Titius, die Schuld des Titius.”⁵⁸⁹

De Romeinse juristen spraken van het verpand zijn van de naam van de schuldenaar, omdat een vordering in het kasboek werd genoteerd door de naam van de schuldenaar en het verschuldigde te schrijven. Kunkel en Honsell schreven:

⁵⁸⁵ Zie voor het volledige fragment p. 7.

⁵⁸⁶ Zie voor het volledige fragment p. 8.

⁵⁸⁷ Zie voor het volledige fragment p. 142.

⁵⁸⁸ Zie Heumann & Seckel 1958, p. 369-370. De eerst gegeven betekenis van ‘*nomen*’ is ‘*Name*’; de tweede betekenis is ‘*außenstehende Geldpost, Schuldforderung*’.

⁵⁸⁹ Zie Wubbe 1958, p. 150.

*‘Der paterfamilias führte ein Hausbuch codex accepti et expensi, in welches Ausgaben und Einnahmen, Schulden und Forderungen eingetragen wurden. Jeder Posten war mit dem Datum und dem Namen des Person des Empfängers oder des Leistenden angeführt. Daher erklärt sich der Ausdruck nomen für Forderung.’*⁵⁹⁰

Dit gebruik verklaart waarom de verpanding van een vordering in de bronnen wordt aangeduid als het in pand geven van de *‘nomen debitoris’*.

⁵⁹⁰ Zie Kunkel/Honsell 1987, p. 251-252 (§ 98). Let op dat de Romeinse juristen onderscheidden tussen een vordering, die tot stand kwam door boeking in het kasboek en een reeds bestaande vordering, die werd ingeschreven in het kasboek. Zie Gaius’ *Instituten* 3,128 en verder. Een vordering, die ontstond door boeking was een *contractus litteris*. Zie in de literatuur bijvoorbeeld Kaser 1971 (RP I), p. 543 (§ 129). Vanzelfsprekend werden ook vorderingen in het kasboek genoteerd, die niet hun oorsprong hadden in de boeking. Zo kon de beheerder van een kasboek vorderingen inschrijven, die waren voortgekomen uit een *stipulatio*. Hetzelfde gold voor vorderingen, die voortvloeiden uit *mutuum*. Van *mutuum* was sprake, indien een geldlening daadwerkelijk was verstrekt. Deze vorderingen ontstonden niet door het noteren in het kasboek. Zij waren reeds ontstaan door de *stipulatio*, of door de overhandiging van het geld. Gaius noemde de vorderingen, die niet ontstonden door de boeking *nomina arcaria*. Zie Gaius’ *Instituten* 3,131. Zie over het door Gaius gemaakte onderscheid bijvoorbeeld Nelson & Manthe 1999, p. 196 en verder. Zie ook Babjak 2001, p. 14 en verder.

Hoofdstuk 7

***Pignus nominis*: verpanding door een enkele overeenkomst**

Verpanding van een vordering vond plaats doordat een schuldenaar in de hoedanigheid van pandgever verpanding van een hem toekomende vordering overeenkwam met zijn schuldeiser, de beoogde pandhouder.⁵⁹¹ De verpanding vond plaats ter verzekering van de schuld die de schuldenaar/pandgever had aan de schuldeiser/pandhouder. De verpanding van een vordering geschiedde zo bij overeenkomst. ‘*Si convenerit*’ schreef Paulus. Vervolgens voegde hij daaraan toe dat het deze overeenkomst was die de praetor beschermde: ‘*haec conventio*’.

D. 13,7,18pr.⁵⁹²

Paulus, *libro vicensimo nono ad edictum*. Si convenerit, ut *nomen debitoris* mei pignori tibi sit, tuenda est a praetore haec conventio, ut et te in exigenda pecunia et debitorem adversus me, si cum eo experiar, tueatur. ergo si id nomen pecuniarium fuerit, exactam pecuniam tecum pensabis, si vero corporis alicuius, id quod acceperis erit tibi pignoris loco.

Paulus, *Het Edict XXIX*. Als wij overeengekomen zijn dat de vordering op mijn schuldenaar u tot pand zal dienen, moet deze overeenkomst door de praetor worden beschermd, in die zin dat hij enerzijds u beschermt wanneer u het geld opeist, en anderzijds de schuldenaar tegen mij, indien ik tegen hem procedeer. Als de vordering op geld luidt, kunt u derhalve de verkregen geldsom verrekenen met uw vordering op mij; betrof de vordering echter een andere lichamelijke zaak, dan zult u dat wat u ontvangen hebt, tot pand hebben.

⁵⁹¹ Enkel een beschikkingsbevoegde kon een pandrecht vestigen in het Romeinse recht. Betrof het een vordering, dan was de schuldeiser bevoegd tot verpanding. In geval van de verpanding van lichamelijke zaken blijkt dat beschikkingsbevoegdheid was vereist uit de *formula* van de *actio Serviana*. De *actio Serviana* kon een pandhouder alleen met succes instellen als de verpande zaak zich ten tijde van de verpanding in het vermogen van de pandgever had bevonden. Zie voor de *formula* p. 33. Zie over dit vereiste bijvoorbeeld een fragment van Marcianus, ons bekend als D. 22,3,23, waarin Marcianus uitlegde dat de pandhouder moest bewijzen dat de zaak op het tijdstip van het sluiten van de pandovereenkomst toebehoorde aan de schuldenaar, oftewel aan de pandgever. Zie hierover bijvoorbeeld Van Hoof 2015, p. 29.

⁵⁹² Dit fragment staat eveneens vermeld op p. 8.

Het werkwoord *convenire* betekende samenkomen. De Romeinse juristen gebruikten het werkwoord in de betekenis van overeenkomen.⁵⁹³ Daarnaast gebruikten zij het van *convenire* afgeleide zelfstandige naamwoord *conventio*. Wij spreken van een overeenkomst. Vreemd is dit woordgebruik niet, omdat voor een overeenkomst wilsovereenstemming was vereist. Wilsovereenstemming was niets anders dan het samenkomen van de willen. Ulpianus:

D. 2,14,1,3

Ulpianus, *libro quarto ad edictum*. Conventionis verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt qui inter se agunt: nam sicuti convenire dicuntur qui ex diversis locis in unum locum colliguntur et veniunt, ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, id est in unam sententiam decurrunt. Adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat: nam et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est.

Ulpianus, *Het Edict IV*. De term *conventio* ‘overeenkomst’ is een algemene uitdrukking die betrekking heeft op alles waarover de met elkaar handelende partijen het eens zijn, wanneer zij een transactie tot stand willen brengen of een zaak willen regelen. Want zoals men spreekt van ‘bijeekomen’ wanneer bepaalde personen vanuit verschillende plaatsen zich op één plaats verzamelen en samenkomen, zo kan men ook spreken van ‘samenkomen’ wanneer partijen vanuit verschillende drijfveren het over een punt eens worden, d.w.z. uiteindelijk op één mening uitkomen. Zozeer algemeen is de aanduiding ‘overeenkomst’ dat Pedius treffend zegt dat er geen enkel contract, geen enkele verbintenis bestaat, die niet een overeenkomst in zich sluit, ongeacht of die verbintenis nu door het aannemen van een zaak dan wel door woorden tot stand komt; ook een stipulatie immers, die door woorden tot stand komt, is nietig indien aan haar geen overeenstemming ten grondslag ligt.

Paulus was niet de enige die het werkwoord *convenire* gebruikte waar het de verpanding van een vordering betrof. Ook Ulpianus wees erop dat de verpanding moest zijn overeengekomen:

D. 20,1,20

Ulpianus, *libro sexagesimo tertio ad edictum*. Cum convenit, ut is, qui ad refectionem aedificii credit, de pensionibus iure pignoris ipse creditum recipiat, etiam actiones utiles adversus inquilinos accipiet cautionis exemplo, quam debitor creditori pignori dedit.

Ulpianus, *Het Edict LXIII*. Wanneer overeengekomen is dat degene die geld heeft uitgeleend voor het herstel van een gebouw, bij wijze van pand het geleende bedrag rechtstreeks uit de huurtermijnen afgelost zal krijgen, verkrijgt hij tegen de huurders ook aangepaste acties, dit naar analogie van het geval van een schuldbekentenis die door een schuldenaar aan zijn schuldeiser in pand gegeven is.

⁵⁹³ Zie Heumann & Seckel 1958, p. 106.

Zoals ik uitlegde, blijkt uit deze tekst van Ulpianus verder dat het in de klassieke tijd niet nodig was om de *cautio*, de schuldbekentenis, te overhandigen aan de beoogd pandhouder voor het verpanden van een vordering.⁵⁹⁴ Ook Paulus vereiste geen overgave van de schuldbekentenis voor de verpanding van een vordering.⁵⁹⁵

De Romeinse juristen zullen het ontbreken van vormvereisten voor de verpanding van een vordering niet als vreemd hebben ervaren. De vestiging van een zekerheidsrecht door een enkele overeenkomst was in de klassieke tijd toegestaan.⁵⁹⁶ Bovendien was een vordering onlichamelijk. De onlichamelijkheid bracht mee dat een vordering überhaupt niet in vuistpand kon worden geven.

Verpanding van een vordering kon in het Romeinse recht ook plaatsvinden op een andere manier dan door middel van een overeenkomst. Zo vond verpanding van vorderingen plaats op grond van de wet, indien vorderingen deel uitmaakten van een vermogen dat in zijn geheel was verpand op grond van de wet. In de laatklassieke periode vond verpanding van een geheel vermogen in verschillende gevallen plaats op grond van de wet.⁵⁹⁷ Verpanding van een geheel vermogen leidde tot een zogenoemd generaal zekerheidsrecht.⁵⁹⁸ Keizer Alexander Severus noemde in de volgende constitutie de mogelijkheid een vordering generaal te verpanden.

C. 8,16(17),4⁵⁹⁹ [A.D. 225]

Imp. Alexander A. ..., evocato. Nomen quoque debitoris pignerari et generaliter et specialiter posse pridem placuit. (...)

De doorluchtige keizer Alexander [Severus] aan ..., opnieuw opgeroepen veteraan. Ook de vordering op een schuldenaar kan zowel generaal als afzonderlijk worden verpand, zoals al eerder algemeen is aanvaard. (...)

Tot slot een enkel woord over het *pignus in causa iudicati captum*, dat wil zeggen het beslag dat een rechter legde ter executie van een vonnis gedurende het cognitieproces.⁶⁰⁰ Het *pignus in causa iudicati captum* vond zijn oorsprong in het cognitieproces, een wijze van procederen die ik tot nu toe onbesproken heb gelaten, omdat het tijdens de klassieke periode van het Romeinse recht niet de

⁵⁹⁴ Zie § 6.

⁵⁹⁵ Zie D. 13,7,18pr. Zie voor de tekst van dit fragment p. 173.

⁵⁹⁶ Zie hiervoor p. 95. Zo schreef Ulpianus (zie D. 13,7,1 pr.): '*Pignus contrahitur non sola traditione, sed etiam nuda conventione, etsi non traditum est.*' Vertaling: 'Een pandcontract komt niet alleen tot stand door bezitsverschaffing, maar ook door enkele overeenkomst, ook al is er geen bezit verschaft.'

⁵⁹⁷ Zie Kaser 1971 (RP I), p. 466 (§ 110). Generale verpanding vond bijvoorbeeld plaats ten behoeve van de fiscus en ten behoeve van een pupil.

⁵⁹⁸ Zie over generale zekerheidsrechten Van Hoof 2015.

⁵⁹⁹ Zie voor de volledige constitutie p. 7.

⁶⁰⁰ Zie titel C. 8,22(23) '*Si in causa iudicati pignus captum sit.*'

standaardprocedure was. De standaardprocedure tijdens de klassieke periode was het *formulaproces*.⁶⁰¹

Het cognitieproces ontstond doordat het *formulaproces* in bepaalde gevallen geen uitkomst bood. Een voorbeeld van zo'n geval was het *fideicommiss*. Een *fideicommiss* was een verzoek van een testator aan zijn toekomstige erfgenaam om goederen uit de nalatenschap of zelfs de hele nalatenschap over te dragen aan een ander. Die ander was iemand, die zelf niet als erfgenaam of legataris kon worden aangewezen, omdat deze persoon buiten het Romeinse erfrecht viel, bijvoorbeeld omdat hij een vreemdeling of een slaaf was. Vóór Augustus kon een begunstigde van een *fideicommiss* de erfgenaam niet in rechte dwingen het *fideicommiss* na te komen. De erflater moest heengaan in het vertrouwen dat de erfgenaam het verzoek zou nakomen.⁶⁰² De term *fideicommiss* betekent dan ook 'aan vertrouwen overlaten'. Keizer Augustus maakte het *fideicommiss* afdwingbaar in een buitengewone procedure. Begunstigden konden nakoming vorderen bij de consuls. Claudius droeg het rechtspreken in deze procedure op aan twee daarvoor benoemde praetoren, de *praetores fideicommissarii*.⁶⁰³ Het cognitieproces kende niet de twee fasen, die kenmerkend waren voor het *formulageding*. Noch de praetor, noch de particuliere rechter maakten deel uit van een cognitieproces.⁶⁰⁴ Partijen sloten evenmin een procesovereenkomst.⁶⁰⁵ Kenmerkend voor het cognitieproces was dat een ambtenaar recht sprak op gezag van de keizer.⁶⁰⁶ De rechtsprekende ambtenaar had een zekere vrijheid. Kaser schreef:

*‘Alles Kognitionsverfahren ist im wesentlichen vom Prinzip der Formlosigkeit beherrscht, es verzichtet – im Gegensatz zum Formularverfahren – auf eine verzweigte Regelung der Einzelheiten und überläßt die Suche nach der sachgerechten Lösung dem weitgespannten Ermessen des beamteten Richters.’*⁶⁰⁷

⁶⁰¹ Zie hierover § 2.2. De ontwikkeling van het cognitieproces begon echter in de klassieke periode van het Romeinse recht. Het cognitieproces werd aangeduid als buitengewoon geding, *cognitio extra ordinem* of *extraordinaria cognitio*, omdat het niet de standaard wijze van procederen was. Zie Kaser/Hackl 1996, p. 436 (§ 66). Zie in het *Corpus Iuris* over het cognitieproces bijvoorbeeld D. 50,13. Zie voor de term buitengewoon geding onder meer D. 4,6,2pr., D. 17,1,7 en D. 17,1,56,3. Het cognitieproces ontwikkelde zich eerst met name in de provincies; Zie Kaser/Hackl 1996, p. 439 en verder (§ 66) en zie ook p. 168 (§ 23). Het cognitieproces in de provincies verschilde van het proces in Rome omdat in de provincies bestaande structuren een rol speelden bij de invulling van het proces. Het cognitieproces in Rome wordt om die reden het eigenlijke cognitieproces genoemd, zie Kaser/Hackl 1996, p. 443-444 (§ 67).

⁶⁰² Zie Gaius' *Instituten* 2,249.

⁶⁰³ Zie Kaser/Hackl 1996, p. 452 (§ 68).

⁶⁰⁴ Zie Kaser/Hackl 1996, p. 442 (§ 66).

⁶⁰⁵ Zie Kaser/Hackl 1996, p. 442 (§ 66). Zie wat betreft de procesovereenkomst p. 490 (§ 73).

⁶⁰⁶ Zie Kaser/Hackl 1996, p. 438 (§ 66).

⁶⁰⁷ Zie Kaser 1966, p. 341 (§ 66). De door Hackl bewerkte editie van Kasers boek bevat eveneens het citaat: zie Kaser/Hackl 1996, p. 438 (§ 66).

Op den duur verdrong het cognitieproces het *formulaproces*.⁶⁰⁸ De keizers Constantius II en Constans I schaften uiteindelijk het *formulaproces* officieel af in het jaar 342.⁶⁰⁹

Het *pignus in causa iudicati captum* was in het cognitieproces de wijze waarop een vonnis ten uitvoer werd gelegd. Het *pignus in causa iudicati captum* betekende een breuk met het verleden. Een gedaagde die het *formulaproces* verloor, werd veroordeeld tot de betaling van een geldbedrag.⁶¹⁰ Gaf de veroordeelde geen gehoor aan het vonnis dan volgde na het instellen van de *actio iudicati* beslag op het vermogen waarna het gehele vermogen werd verkocht.⁶¹¹

Na afloop van het cognitieproces werd het vonnis op een andere wijze tenuitvoer gelegd. Callistratus legde uit hoe te handelen volgens een rescript van Antoninus Pius, keizer van 138 tot 161:

D. 42,1,31

Callistratus, libro secundo cognitionum. Debitoribus non tantum petentibus dies ad solvendum dandi sunt, sed et prorogandi, si res exigat: si qui tamen per contumaciam magis, quam quia non possint explicare pecuniam, differant solutionem, pignoribus captis compellendi sunt ad satisfaciendum ex forma, quam Cassio proconsuli divus Pius in haec verba rescripsit: 'His, qui fatebuntur debere aut

Callistratus, Rechterlijke onderzoeken II. Niet alleen moet aan schuldenaren die daartoe een verzoek indienen, een termijn om te betalen worden toegestaan, maar ook verlenging daarvan, als de omstandigheden dit vereisen. Indien er schuldenaren zijn die de betaling meer uit weerspannigheid uitstellen dan omdat zij het geld niet kunnen vrijmaken, moeten dezen door het leggen van pandbeslag tot betaling gedwongen worden conform de instructies die de vergoddelijkte Antoninus Pius in een rescript aan de gouverneur Cassius in deze termen heeft vast-

⁶⁰⁸ Zie Kaser/Hackl 1996, p. 517 en verder (§ 77). Het cognitieproces veranderde in de loop van de tijd. Het cognitieproces, zoals dat vorm was gegeven tijdens de klassieke periode, verschilde wezenlijk van het cognitieproces in de periode daarna, zie Kaser/Hackl 1996, p. 435 en verder (§ 66).

⁶⁰⁹ Zie C. 2,57,1, De doorluchtige keizers Constantius (II) en Constans (I) aan Marcellinus, Gouverneur van Foënicie: '*Iuris formulae aucupatione syllabarum insidiantes cunctorum actibus radicitus amputentur.*' Vertaling: 'De procesformulieren die door haarkloverij gevaar opleveren voor de handelingen van allen, dienen met wortel en tak te worden uitgeroeid.'

⁶¹⁰ Zie Gaius' *Instituten* 4,48: '*Omnium autem formularum quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est. Itaque et si corpus aliquod petamus, velut fundum, hominem, vestem, aurum, argentum, iudex non ipsam rem condemnat eum cum quo actum est, sicut olim fieri solebat, sed aestimata re pecuniam eum condemnat.*' Vertaling: 'Overigens is in alle *formulae* die een veroordelingsclausule bevatten, de redactie van deze clausule op een waardering in geld gebaseerd. Dus ook als wij een lichamelijke zaak vorderen, zoals een perceel grond, een slaaf, een kledingstuk, goud of zilver, veroordeelt de rechter de gedaagde niet tot de zaak zelf – zoals dat vroeger placht te gebeuren –, maar na een schatting van de waarde hiervan, tot een geldsom.'

⁶¹¹ Zie Kaser/Hackl 1996, § 56 en verder.

ex re iudicata necesse habebunt reddere, tempus ad solvendum detur, quod sufficere pro facultate cuiusque videbitur: eorum, qui intra diem vel ab initio datum vel ex ea causa postea prorogatum sibi non reddiderint, pignora capi eaque, si intra duos menses non solverint, vendantur: si quid ex pretiis supersit, reddatur ei, cuius pignora vendita erant.⁶¹²

gelegd: ‘Aan degenen die een schuld zullen erkennen of die op grond van een vonnis verplicht zullen zijn iets te geven, moet een betalingstermijn worden toegestaan die met het oog op de financiële middelen van de betrokkene toereikend wordt geacht. Van degenen die niet betaald hebben binnen de termijn die hun van meet af aan is toegestaan of die later om gegronde redenen voor hen verlengd is, moeten goederen als panden in beslag worden genomen, en als zij niet binnen twee maanden betaald hebben, moet tot de verkoop van die panden worden overgegaan. Als er van de koopprijs nog iets overblijft, moet dit teruggegeven worden aan degene wiens pandobjecten verkocht zijn.’

Ter gelegenheid van de tenuitvoerlegging van het vonnis werd niet meer het gehele vermogen in beslag genomen en verkocht. Slechts bepaalde goederen werden in beslag genomen en verkocht.⁶¹² Om te bepalen welke goederen in beslag moesten worden genomen, werden de goederen ingedeeld in categorieën. Eerst moest beslag worden gelegd op roerende zaken en vee. Als de opbrengst van die verkopen niet voldoende was om de schuld uit het vonnis te voldoen, dan werd beslag gelegd op de onroerende zaken van de veroordeelde en pas daarna op de rechten, waaronder de vorderingen. Ulpianus schreef:

D. 42,1,15,8

Ulpianus, *libro tertio de officio consulis*. Sic quoque iudices exsequuntur iudicatum, ut nomina iure pignoris capiant, si nihil aliud sit quod capi possit: posse enim nomen iure pignoris capi imperator noster rescripsit.

Ulpianus, *Het ambt van consul III*. De rechters zullen het vonnis ook mogen uitvoeren door pandbeslag te leggen op vorderingen, als er niets anders is waarop beslag gelegd kan worden, zo heeft onze keizer [Antoninus Caracalla] bij rescript bepaald.

De Romeinen gebruikten voor dit executoriale beslag de term *pand*, maar dit executoriale beslag verschilde fundamenteel van het pandrecht dat partijen als zekerheidsrecht vestigden. Het *pignus in causa iudicati captum* was geen zekerheidsrecht maar een wijze van executie van een vonnis.⁶¹³

⁶¹² Zie Von der Fecht 1999, p. 48 en verder.

⁶¹³ Von der Fecht besprak een aantal verschillen tussen het pandrecht dat door partijen werd gevestigd ter verzekering van een vordering en het *pignus in causa iudicati captum*. Zo wees hij erop dat het *pignus in causa iudicati captum* niet totstandkwam op grond van de wil van partijen, maar op grond van een rechterlijk bevel. Verder schreef hij (zie Von der Fecht 1999, p. 54): ‘Es ist jedoch festzuhalten, daß nicht nur das iussum des Staatsbeamten als Grundlage des *pignus in causa iudicati captum* das Exekutionspfand vom vertraglichen Pfandrecht unterschied. In der Einzelzwangs-vollstreckung war der Verkauf der gepfändeten Gegenstände ausschließlich dem zuständigen Exekutionsorgan oder dessen

Hilfsbeamten gestattet. Anders als beim Vertragspfandrecht war dem Gläubiger der Verkauf der Pfandsache ausdrücklich verboten. Die Exekution durch eine Privatperson wurde sogar als Verbrechen angesehen. Unterschiede ergeben sich weiter daraus, daß beim Pfändungspfandrecht nicht jeder beliebige Gegenstand des Schuldnervermögens herangezogen werden konnte, sondern nur im Rahmen des vorgeschriebenen Klassensystems gepfändet werden durfte. Ferner gelangten die Pfandobjekte nicht wie beim privaten Faustpfand in die Obhut des Gläubigers, sondern die physische Gewalt darüber hatten die Vollstreckungsorgane.'

Hoofdstuk 8

***Pignus nominis*: rechtsgevolg van het mededelen van de verpanding aan de schuldenaar van de verpande vordering**

Normaliter diende een schuldenaar te betalen aan zijn schuldeiser. Een betaling aan de schuldeiser deed de vordering tenietgaan, ook indien de schuldeiser de vordering had verpand. Het tenietgaan van de vordering betekende dat de pandhouder zijn zekerheidsrecht verloor. Indien de pandhouder nadien over wilde gaan tot uitoefening van zijn zekerheidsrecht, dan bleek dat er niets meer te innen was, omdat de schuldenaar bevrijdend had betaald aan zijn schuldeiser, de pandgever. Voor pandhouders was het daarom onwenselijk dat de schuldenaar van de verpande vordering zijn schuld voldeed aan de pandgever. Het middel om betaling aan de pandgever te voorkomen was het doen van mededeling van de verpanding aan de schuldenaar van de verpande vordering, zo blijkt uit de constitutie van keizer Alexander Severus uit het jaar 225.

C. 8,16(17),4 [A.D. 225]

Imp. Alexander A. ..., evocato. Nomen quoque debitoris pignerari et generaliter et specialiter posse pridem placuit. quare si debitor is satis non facit, cui tu credidisti, ille, cuius nomen tibi pignori datum est **nisi ei cui debuit solvit nondum certior a te de obligatione tua factus**, utilibus actionibus (...)

De doorluchtige keizer Alexander [Severus] aan ..., opnieuw opgeroepen veteraan. Ook de vordering op een schuldenaar kan zowel generaal als afzonderlijk worden verpand, zoals al eerder algemeen is aanvaard. Indien daarom de schuldenaar aan wie u geld hebt geleend, zijn verplichtingen niet nakomt, zal de schuldenaar van de vordering die aan u in pand is gegeven – **tenzij hij aan zijn schuldeiser heeft betaald voordat hij door u op de hoogte was gebracht van het u toekomende vorderingsrecht** – met aangepaste acties (...)

De zinsnede ‘*nisi ei cui debuit solvit nondum certior a te de obligatione tua factus*’ betekent letterlijk: ‘als hij niet heeft betaald aan hem aan wie hij verschuldigd is, terwijl hij nog niet door jou op de hoogte is gebracht van de door jou aangeane verbintenis.’ Minder letterlijk, maar leesbaarder is de vertaling van Spruit c.s.: ‘tenzij hij aan zijn schuldeiser heeft betaald voordat hij door u op de hoogte was gebracht van het u toekomende vorderingsrecht.’ Alexander Severus gebruikte het werkwoord *certior facere* dat zoiets betekende als op de hoogte brengen of in kennis stellen. Dit werkwoord, maar ook de werkwoorden *certiorare* en *denuntiare* gebruikten de Romeinse juristen zonder een duidelijk onderscheid in betekenis.⁶¹⁴

Uit de constitutie van Alexander Severus volgt dat de schuldenaar niet langer bevrijdend kon betalen aan zijn schuldeiser, de pandgever, zodra de pandhouder de schuldenaar mededeling had gedaan van de verpanding. Indien de schuldenaar na de mededeling toch betaalde aan zijn schuldeiser, dan moest de schuldenaar alsnog betalen aan de pandhouder.⁶¹⁵ De betaling verhinderde in dat geval niet dat de pandhouder met succes betaling van de schuldenaar van de verpande vordering kon vorderen. De praetor beschermde de schuldenaar van de verpande vordering, indien de schuldeiser/pandgever betaling vorderde, nadat aan de schuldenaar mededeling van de verpanding was gedaan teneinde te voorkomen dat de schuldenaar gedwongen zou worden tweemaal te betalen. Paulus schreef zonder expliciet melding te maken van de mededeling:

D. 13,7,18pr.⁶¹⁶

Paulus, libro vicensimo nono ad edictum. Si convenerit, ut nomen debitoris mei pignori tibi sit, tuenda est a praetore haec conventio, ut et te in exigenda pecunia et debitorem adversus me, si cum eo experiar, tueatur. (...)

Paulus, Het Edict XXIX. Als wij overeengekomen zijn dat de vordering op mijn schuldenaar u tot pand zal dienen, moet deze overeenkomst door de praetor worden beschermd, in die zin dat hij enerzijds u beschermt wanneer u het geld opeist, en anderzijds de schuldenaar tegen mij, indien ik tegen hem procedeer. (...)

Paulus schreef niet dat de schuldenaar van de verpande vordering op de hoogte was gebracht van de verpanding. De schuldenaar had geen reden om beroep te

⁶¹⁴ Zie bijvoorbeeld D. 4,4,3,8, D. 5,3,20,11, D. 41,2,38 en D. 17,1,29,2-3. In deze laatste tekst legde Ulpianus uit dat een borg, die niet wist dat de schuld al was betaald, de actie uit lastgeving kreeg, indien hij betaalde. De reden hiervoor was dat de schuldenaar de borg op de hoogte had moeten stellen van het feit dat hij zelf reeds had betaald. In het daarop volgende fragment besprak Ulpianus de omgekeerde situatie.

⁶¹⁵ De Romeinse juristen gingen ervan uit dat degene die betaalde, hoewel hij wist dat hij niet moest betalen, een schenking verichtte. Zie bijvoorbeeld D. 50,17,53 en D. 12,6,1,1. Voor een geslaagde actie op grond van onverschuldigde betaling was namelijk dwaling vereist, zie hierover Lokin/Brandsma 2016, p. 307 (V62).

⁶¹⁶ Zie voor het volledige fragment hiervoor p. 8.

doen op de bescherming van de praetor als de schuldeiser zelf om voldoening van de vordering vroeg terwijl de schuldenaar geen weet had van de verpanding. Bescherming was bovendien niet nodig, omdat de schuldenaar bevrijdend kon betalen aan zijn schuldeiser – de pandgever – totdat de verpanding was medegedeeld aan de schuldenaar.

Uit het hiervoor weergegeven rescript van Alexander Severus blijkt dat in ieder geval de pandhouder bevoegd was tot het doen van mededeling aan de schuldenaar van de verpande vordering. Alexander Severus schreef dat de pandhouder betaling van de verpande vordering kon afdwingen, tenzij de schuldenaar aan zijn schuldeiser had betaald ‘voordat hij door u op de hoogte was gebracht van het u toekomende vorderingsrecht.’⁶¹⁷ Alexander Severus ging ervan uit dat de pandhouder mededeling deed van de verpanding aan de schuldenaar van de verpande vordering. De mededeling was in het belang van de pandhouder en daarom lag het voor de hand dat de pandhouder mededeling deed van de verpanding aan de schuldenaar. Tegelijkertijd lijkt het mij niet uitgesloten dat het in bepaalde gevallen de pandgever was, die mededeling deed van de verpanding aan de schuldenaar. Voor zover mij bekend, zijn er echter geen teksten overgeleverd, die zien op een geval waarin de pandgever de schuldenaar op de hoogte bracht van de verpanding.

In hoeverre de pandhouder onmiddellijk nadat de vordering hem was verpand, kon overgaan tot het doen van mededeling, hing af van hetgeen pandhouder en pandgever met elkaar hadden afgesproken. Het was in het belang van de pandhouder om onmiddellijk na de verpanding bevoegd te zijn tot het doen van mededeling aan de schuldenaar. De mededeling voorkwam immers dat de vordering teniet ging, doordat de schuldenaar bevrijdend betaalde aan zijn schuldeiser.⁶¹⁸

Wellicht valt meer te weten komen over de mededeling van de verpanding aan de schuldenaar van de verpande vordering door te kijken naar een

⁶¹⁷ Zie C. 8,16(17),4. Zie voor de tekst van dit rescript p. 7.

⁶¹⁸ Het kon voorkomen dat de schuldenaar van de verpande vordering betaalde aan zijn schuldeiser, de pandgever, omdat hij geen weet had van de verpanding. Een dergelijke betaling kon plaatsvinden zonder dat de schuldeiser/pandgever daarom vroeg. Het kon echter ook gebeuren dat de pandgever betaling eiste van de schuldenaar. Het vragen om betaling door de pandgever kon in strijd zijn met de pandovereenkomst. Of sprake was van handelen in strijd met de pandovereenkomst hing af van de inhoud van de pandovereenkomst. De pandhouder kon de pandgever aanspreken ter vergoeding van schade met de persoonlijke actie uit de pandovereenkomst, indien de pandgever betaling vorderde in strijd met de pandovereenkomst. Die actie tegen de pandgever was voor de pandhouder van weinig waarde. Het was enkel een extra vordering op zijn schuldenaar, de pandgever. Viel bij zijn schuldenaar, de pandgever, niets te halen, dan stond hij met lege handen. De vordering op de schuldenaar van de verpande vordering en daarmee zijn zekerheidsrecht was tenietgegaan, doordat de schuldenaar van de verpande vordering bevrijdend had betaald aan zijn schuldeiser, de pandgever.

ander geval in het Romeinse recht waarin het doen van mededeling eveneens het middel was om te voorkomen dat een schuldenaar betaalde aan zijn schuldeiser, indien zijn schuldeiser op grond van een overeenkomst met een derde inning van de betreffende vordering achterwege moest laten. Het geval dat ik bedoel lijkt op cessie, maar betaling aan een ander dan de schuldeiser bereikten de Romeinen niet door overdracht van de vordering, maar door de toekenning van een *actio utilis* aan de ‘cessionaris’, zoals ik eerder uitlegde.⁶¹⁹ De verbintenis tussen de ‘cedent’ en de schuldenaar van de vordering bleef bestaan.⁶²⁰ Daardoor liep de ‘cessionaris’ het gevaar dat de schuldenaar bevrijdend betaalde aan de ‘cedent’. Gordianus bepaalde dat het de ‘cedent’ niet verboden was de vordering zelf te innen. De ‘cedent’ mocht de vordering echter enkel zelf innen totdat de ‘cessionaris’ een proces aanhangig had gemaakt, totdat de ‘cessionaris’ geheel dan wel gedeeltelijk was betaald of totdat de ‘cessionaris’ de schuldenaar op de hoogte had gebracht van de ‘cessie’. Gordianus bepaalde dit naar aanleiding van een vraag van Mucianus, die een vordering in betaling had gegeven aan een schuldeiser van hem. Mucianus vroeg Gordianus of het hem verboden was de in betaling gegeven vordering zelf te innen. Gordianus antwoordde:

C. 8,41(42),3pr. [A.D. 239]

Imp. Gordianus A. Muciano. Si delegatio non est interposita debitoris tui ac propterea actiones apud te remanserunt, quamvis creditori tuo adversus eum solutionis causa mandaveris actiones, tamen, antequam lis contestetur vel aliquid ex debito accipiat vel debitori tuo denuntiaverit, exigere a debitore tuo debitam quantitatem non vetaris et eo modo tui creditoris executionem contra eum inhibere.

De doorluchtige keizer Gordianus [III] aan Mucianus. Indien delegatie van uw schuldenaar [aan uw schuldeiser] niet heeft plaatsgevonden en de acties om die reden bij u zijn gebleven, is het u, ondanks het feit dat u aan uw schuldeiser met het oog op betaling de acties tegen uw schuldenaar hebt overgedragen, toch niet verboden – voordat er [door uw schuldeiser] een proces aanhangig wordt gemaakt of hij iets van het verschuldigde ontvangt of uw schuldenaar in kennis heeft gesteld [van de overdracht] – de verschuldigde som van uw schuldenaar op te eisen en aldus uw schuldeiser te verhinderen deze som bij uw schuldenaar op te eisen.

De ‘cessionaris’ kon mededeling doen van de ‘cessie’ aan de schuldenaar om betaling aan de ‘cedent’ te voorkomen. De schuldenaar kon vanaf dat moment enkel nog bevrijdend betalen aan de ‘cessionaris’.

Liters drukinkt zijn de afgelopen anderhalve eeuw gewijd aan de vraag in hoeverre de tekst van deze constitutie van keizer Gordianus afkomstig is. De heersende leer gaat ervan uit dat de tekst van Gordianus anders luidde dan de tekst, die is overgeleverd in de *Codex* van Justinianus. De samenstellers van de

⁶¹⁹ Zie § 3.5.

⁶²⁰ Zie hiervoor p. 76.

Justiniaanse codificatie zouden de tekst hebben geïnterpoleerd.⁶²¹ Het vermoeden dat de tekst is geïnterpoleerd gaat terug op Bähr, die schreef:

*‘Die eingeschlossenen Worte: “vel aliquid ex debito accipiat, vel debitori tuo denunciaverit” halte ich für nachträglich zugesetzt, und zwar deshalb, weil die Gleichstellung der einfachen Denunciation und geleisteten Abschlagszahlung mit der Litiscontestatio entschieden dem entwickelten Cessionsbegriff angehört, während das Rescript selbst seinem übrigen Inhalt nach eben so entschieden auf dem Standpunkt des Delegationsbegriffs sich bewegt.’*⁶²²

Ik betwijfel echter of de tekst is geïnterpoleerd. Om te beginnen is in de *Codex* veel minder geïnterpoleerd dan lange tijd werd aangenomen.⁶²³ Naast dat een inhoudelijke verandering van de constitutie van Gordianus niet paste bij het karakter van de *Codex* – zoals ik uitleg in de bijlage ‘Over interpolaties in de *Codex*’ – zijn er meer inhoudelijke argumenten die pleiten tegen hetgeen Bähr stelde.⁶²⁴

Bähr interpreteerde de constitutie van Gordianus zo dat deze zag op gevallen waarin de ‘cessionaris’ was aangesteld als *procurator in rem suam*, oftewel als vertegenwoordiger in zijn eigen belang.⁶²⁵ De beginwoorden van de constitutie zijn echter duidelijk. Gordianus begon met de vaststelling dat geen benoeming tot vertegenwoordiger had plaatsgevonden: *‘Si delegatio non est interposita.’* Volgens Bähr paste bij de *procurator in rem suam* de mededeling niet als wijze waarop de vertegenwoordiger kon voorkomen dat de ‘cedent’ de vordering zelf inde, ondanks de aanstelling van een ander die bevoegd was de vordering in zijn eigen belang te innen. Uitsluitend de tot schuldvernieuwing leidende procesovereenkomst, de *litis contestatio*, leidde er in dat geval toe dat de vertegenwoordiger, de ‘cessionaris’, een eigen actie kreeg. Die actie kreeg de tot vertegenwoordiger benoemde ‘cessionaris’ onafhankelijk en zelfs in plaats van de directe actie van de ‘cedent’. Bähr stelde dat Gordianus om die reden de procesovereenkomst niet gelijk kon hebben gesteld met betaling of met een mededeling van de ‘overdracht’ aan de schuldenaar:

⁶²¹ Zie Kaser 1971 (RP I), p. 654 nt. 17. Zie verder bijvoorbeeld Van Oven 1948, p. 416 nt. 528: ‘In C. 8,16,4: “...nondum certior a te de obligatione tua factus...” en in C. 8,41,3: “... vel aliquid ex debito accipiat vel debitori tuo denunciaverit”. Men behoeft de teksten slechts te lezen om te bemerken, dat het latere invoegsels zijn.’

⁶²² Zie Bähr 1857, p. 379.

⁶²³ Zie hierover in het algemeen Watson 1994 en Lokin 1995 (= Lokin 2010).

⁶²⁴ Ik licht deze stelling toe in de bijlage ‘Over interpolaties in de *Codex*’, aangezien de onderbouwing van deze stelling weinig van doen heeft met het rechtsgevolg van het mededelen van de verpanding aan de schuldenaar van de verpande vordering. Zie voor deze bijlage p. 335.

⁶²⁵ Zie hiervoor p. 185. Zie met name het slot van het citaat aldaar weergegeven: *‘während das Rescript selbst seinem übrigen Inhalt nach eben so entschieden auf dem Standpunkt des Delegationsbegriffs sich bewegt.’*

‘Aus allen diesen Erscheinungen ziehe ich den Schluß: die Denunciation, als Sicherungsmittel für den Inhaber der actio utilis, steht zu der Litiscontestatio, als Aneignungsmittel für den i.r.s. procurator, in einem entschieden gegensätzlichen Verhältniß. Vom Standpunkt des Delegationsbegriffes aus können beide unmöglich sich gleich gestellt werden. Wenn nun die c. 3. de novat., obgleich sie unverkennbar dem Delegationsstandpunkt angehört, dennoch mittelst der Worte: “vel aliquid ex debito accipiat, vel debitori tuo denunciaverit” eine solche Gleichstellung unternimmt, so glaube ich mich nicht dem Vorwurf eines leichtfertigen Conjecturirens auszusetzen, wenn ich behaupte: jene Worte sind interpolirt.’⁶²⁶

Bähr had gelijk dat de mededeling een ander rechtsgevolg had dan de *litis contestatio*. De mededeling had in tegenstelling tot de procesovereenkomst geen schuldvernieuwing tot gevolg. De verbintenis tussen ‘cedent’ en schuldenaar bleef bestaan, hetgeen onder meer betekende dat de ‘cedent’ bleef beschikken over de directe actie.⁶²⁷ Gordianus had het echter niet over schuldvernieuwing in het rescript. Zijn constitutie was niet bedoeld om aan te geven op welke manieren schuldvernieuwing tot stand kwam. Gordianus beschreef wanneer het de ‘cedent’ verboden was een ‘gecedeerde’ vordering zelf te innen.

Drie gevallen noemde Gordianus. In de eerste plaats wees Gordianus op het geval waarin de ‘cessionaris’ en de schuldenaar een procesovereenkomst hadden gesloten. In de tweede plaats schreef Gordianus dat het de ‘cedent’ verboden was de vordering te innen als de ‘cessionaris’ geheel dan wel gedeeltelijk betaald had gekregen. In de derde plaats bepaalde Gordianus dat het in kennis stellen van de schuldenaar van de ‘cessie’ het gevolg had dat de ‘cedent’ de vordering niet meer mocht innen.

Net als in de constitutie van Alexander Severus, die zag op de verpanding van vorderingen, kon de schuldenaar niet meer bevrijdend betalen aan de ‘cedent’, zodra hij op de hoogte was gesteld van de ‘cessie’. De ‘cedent’ beschikte weliswaar nog over de directe actie, maar hij kon niet met succes betaling afdwingen. De schuldenaar kreeg tegen de ‘cedent’ de *exceptio doli*, de exceptie van onbehoorlijkheid oftewel de exceptie wegens wangedrag, indien de ‘cedent’ ondanks de ‘cessie’ de vordering probeerde te innen.⁶²⁸

⁶²⁶ Zie Bähr 1857, p. 392.

⁶²⁷ Zie hiervoor p. 76.

⁶²⁸ Zie voor het geval een nalatenschap is verkocht een fragment van Ulpianus (ons bekend als D. 2,14,16pr.): ‘*Si cum emptore hereditatis pactum sit factum et venditor hereditatis petat, doli exceptio nocet. Nam ex quo rescriptum est a divo Pio utiles actiones emptori hereditatis dandas, merito adversus venditorem hereditatis exceptione doli debitor hereditarius uti potest.*’ Vertaling: ‘Indien door een schuldenaar een afspraak gemaakt is met de koper van een nalatenschap en de verkoper van die nalatenschap tegen hem een actie instelt, wordt hem met succes de exceptie wegens wangedrag tegengeworpen. Want sinds de vergoddelijkte Antoninus Pius bij rescript bepaald heeft dat aan de koper van een nalatenschap analoge acties verleend moeten worden, kan de schuldenaar van de

Net als in geval van de verpanding van een vordering was in geval van ‘cessie’ de mededeling bepalend voor het antwoord op de vraag aan wie bevrijdend kon worden betaald. De teksten betreffende het rechtsgevolg van mededeling in geval van ‘cessie’ komen overeen met hetgeen keizer Alexander Severus bepaalde voor de mededeling aan de schuldenaar na de verpanding van een vordering. De juristen behandelden beide gevallen gelijk: zodra de schuldenaar op de hoogte was gebracht van de verkoop c.q. de verpanding kon hij niet meer bevrijdend betalen aan zijn schuldeiser. Zo vertelde Papinianus dat de verkoper van een nalatenschap, de erfgenaam dus, een schikking was aangegaan met een boedelschuldenaar die niet wist van de verkoop. Wat nu als na het treffen van deze schikking de koper van de nalatenschap om betaling vroeg? Papinianus:

D. 2,15,17

Papinianus, *libro secundo quaestionum*. Venditor hereditatis emptori mandatis actionibus cum debitore hereditario, qui ignorabat venditam esse hereditatem, transegit: si emptor hereditatis hoc debitum ab eo exigere velit, exceptio transacti negotii debitori propter ignorantiam suam accommodanda est. Idem respondendum est et in eo, qui fideicommissam recepit hereditatem, si heres cum ignorante debitore transegit.

Papinianus, *Rechtsvragen II*. Nadat de verkoper van een nalatenschap zijn acties door lastgeving aan de koper had overgedragen, is hij een schikking aangegaan met een boedelschuldenaar die er niet van op de hoogte was dat de nalatenschap verkocht was. Indien de koper van de nalatenschap deze schuld van hem wil opeisen, moet aan de schuldenaar op grond van zijn onwetendheid de exceptie van aangegane schikking verleend worden. Hetzelfde moet ook geantwoord worden ten aanzien van degene die onder fideïcommis een nalatenschap ontvangen heeft, in het geval dat de bezwaarde erfgenaam een schikking is aangegaan met een schuldenaar die daarvan niet op de hoogte was.

Papinianus meende dat de koper van de nalatenschap niet alsnog de schuldenaar kon aanspreken, indien de schuldenaar niet op de hoogte was geweest van de verkoop en inmiddels een schikking was aangegaan met de verkoper.

De teksten laten zien dat de Romeinse juristen hun best deden de ‘cessionaris’ en de pandhouder te helpen hun recht te behouden, zo lang dit niet ten koste ging van de schuldenaar van de verpande vordering. Het volgende fragment van Ulpianus bevestigt dit beeld:

nalatenschap tegen de verkoper van de nalatenschap terecht gebruik maken van de exceptie wegens wangedrag.’

D. 3,3,55

Ulpianus, libro sexagensimo quinto ad edictum. Procuratore in rem suam dato praefereendus non est dominus procuratori in litem movendam vel pecuniam suscipiendam: qui enim suo nomine utiles actiones habet, rite eas intendit.

Ulpianus, Het Edict LXV. Indien er een vertegenwoordiger ten eigen bate is benoemd, mag bij het aanspannen van een proces of het innen van geld niet de voorkeur worden gegeven aan de principaal boven de vertegenwoordiger. Iemand die op eigen naam aangepaste acties heeft, stelt deze immers met recht in.

Deze tekst heeft tot veel vragen aanleiding gegeven.⁶²⁹ Hoe verhiel het eerste deel van de tekst zich tot de slotzin? Kon Ulpianus werkelijk beide delen zelf hebben geschreven? Zoals ik uitlegde, ageerde een *procurator in rem suam* met een actie in naam van de schuldeiser. Een *procurator in rem suam* was een vertegenwoordiger. Hij procedeerde niet op grond van een *actio utilis* in zijn eigen naam. Gehrich schreef:

*‘Denn est steht fest, daß zur Zeit Ulpians keineswegs jeder, der cognitor (oder procurator) in rem suam war, eine actio utilis hatte.’*⁶³⁰

Hoewel Gehrich gelijk heeft dat niet iedereen een beroep kon doen op de *actio utilis*, was de ontwikkeling van deze actie ten tijde van Ulpianus al wel in gang gezet. Zo was het Ulpianus die over het rescript van Antoninus Pius schreef waarin aan de koper van een nalatenschap een *actio utilis* werd gegeven.⁶³¹

Sinds Antoninus Pius stonden in het Romeinse recht ‘cessie’ door middel van het aanstellen van een *procurator in rem suam* en ‘cessie’ door middel van het verlenen van een *actio utilis* naast elkaar. In bepaalde gevallen was een beroep mogelijk op de *actio utilis*, in andere gevallen niet. Zij die een beroep konden doen op de *actio utilis* lieten in de loop van de tijd het aanstellen van een *procurator in rem suam* achterwege, omdat zo’n aanstelling overbodig was. Gordianus ging er in zijn constitutie om die reden vanuit dat delegatie niet had plaatsgevonden: *‘Si delegatio non est interposita.’* Het Romeinse recht bereikte op deze manier dat door een overeenkomst die strekte tot ‘cessie’ de ‘cessionaris’ een eigen actie kreeg tegen de schuldenaar.

Gedurende de periode waarin beide constructies naast elkaar stonden, werd steeds meer in het voordeel van de ‘cessionaris’ beslist. Zo schreef Hermogenianus, die helemaal aan het einde van de klassieke tijd leefde:

⁶²⁹ Zie over deze tekst bijvoorbeeld Gehrich 1963, p. 18 en verder en Rozwadowski 1973, p. 130 en verder.

⁶³⁰ Zie Gehrich 1963, p. 19.

⁶³¹ Zie D. 2,14,16pr. Zie hiervoor p. 76.

D. 18,4,23pr.

Hermogenianus, *libro secundo iuris epitomarum*. Venditor actionis, quam adversus principalem reum habet, omne ius, quod ex ea causa ei competit tam adversus ipsum reum quam adversus intercessores huius debiti, cedere debet, nisi aliud actum est.

Hermogenianus, *Résumé van het recht II*. De verkoper van een actie die hij tegen een hoofdschuldenaar heeft, moet alle aanspraken die hem uit die rechtsverhouding toekomen afdragen, zowel die tegen de schuldenaar zelf als die tegen degenen die zich voor die schuld garant hebben gesteld, tenzij er iets anders afgesproken is.

In de tussentijd waren er bovendien steeds meer gevallen bijgekomen waarin een *actio utilis* werd gegeven.⁶³² In die ontwikkeling paste het fragment van Ulpianus. Ulpianus leefde gedurende een periode waarin ‘cessie’ door middel van het aanstellen van een *procurator in rem suam* en ‘cessie’ dankzij de toekenning van een *actio utilis* naast elkaar bestonden. Het kon zelfs zo zijn dat een ‘cessionaris’ de keuze had tussen het als *procurator in rem suam* instellen van de *actio directa* die toekwam aan de ‘cedent’ op grond van een cessiemandaat en het instellen van een *actio utilis* in eigen naam.⁶³³ Ulpianus begreep, net als de praetor reeds had begrepen, dat het de bedoeling van de partijen was dat het geïnde toekwam aan de ‘cessionaris’. Zwolve schreef met betrekking tot de toekenning van de *actio utilis* dan ook:

‘De Romeinse *praetor* begreep dat het contract, het “*cessiemandaat*”, slechts de vorm was waarin naar de bedoelingen van de betrokken partijen een vermogensrecht, een vorderingsrecht, werd “overgedragen”, net zoals de *traditio*, de bezitsverschaffing, de vorm was waarin een ander vermogensrecht, eigendom werd overgedragen.’⁶³⁴

Net als de keizers en de andere juristen deed Ulpianus zijn best de ‘cessionaris’ te beschermen door aan te geven dat in een proces of bij het innen van de vordering de voorkeur moest worden gegeven aan de ‘cessionaris’.

De ontwikkeling die deze teksten toont, pleit eveneens tegen de stelling van Bähr dat de tekst van Gordianus is geïnterpoleerd. De tekst van Gordianus is

⁶³² Zie hiervoor p. 74.

⁶³³ Zie Zwolve 2010, p. 307. De ‘cessionaris’ had enkel de keuze, indien er een cessiemandaat was verleend. Zelfs als een cessiemandaat was gegeven, was het denkbaar dat de ‘cessionaris’ enkel kon ageren met de *actio utilis*, bijvoorbeeld als de ‘cedent’ het cessiemandaat introk. In dat geval had de ‘cessionaris’ niet meer de mogelijkheid om als *procurator in rem suam* te ageren. De ‘cessionaris’ beschikte echter wel over de *actio utilis* en stond diens gevolg sterker dan de ‘cedent’. Hij moest voorrang krijgen. Windscheid merkte naar aanleiding van het fragment van Ulpianus (D. 3,3,55) dan ook het volgende op: ‘Der Gläubiger kann das dem Procurator erteilte Mandat nicht energischer zurücknehmen, als wenn er demselben gegenüber die Forderung für sich selbst einzutreiben sucht; der Procurator aber greift dann zur utilis actio.’ Zie Windscheid 1856, p. 125.

⁶³⁴ Zie Zwolve 2006, p. 383.

niet geïnterpoleerd, niet alleen omdat het onaannemelijk is dat een codex-constitutie op deze wijze inhoudelijk zou zijn veranderd, maar ook omdat de tekst inhoudelijk paste in de ontwikkeling, die ik hierboven beschreef. De teksten van Alexander Severus [225], Papinianus [† 212⁶³⁵] en Ulpianus [† 228⁶³⁶] laten dezelfde trend zien als de constitutie van Gordianus [239]. De constitutie van Gordianus is van deze vier teksten bovendien de jongste tekst.

Een interpolatie in de tekst van Gordianus zou wat mij betreft dan ook inhouden dat de andere drie teksten ook zijn geïnterpoleerd. Een blik in de *index interpolationum* leert ons dat van vrijwel elke tekst in het *Corpus Iuris Civilis* is beweerd dat deze is geïnterpoleerd in de hoogtijdagen van de interpolatiekritiek.⁶³⁷ Inmiddels is echter op goede gronden verdedigd dat niet zoveel is geïnterpoleerd als is beweerd.⁶³⁸ Dat al deze teksten, die op heel verschillende plekken in het *Corpus Iuris Civilis* te vinden zijn, zijn geïnterpoleerd lijkt mij dan ook onwaarschijnlijk. Naar mijn mening gingen de samenstellers van de Justiniaanse codificatie respectvol om met de oude teksten. Niet voor niets vermeldden ze telkens van wie de overgenomen tekst afkomstig was. De overgenomen tekst pasten ze inhoudelijk enkel aan, indien dit noodzakelijk was voor het goede begrip van het recht.

Ten slotte ligt een interpolatie van de tekst niet voor de hand, omdat ‘cessie’ in de naklassieke tijd zo geregeld voorkwam dat de praktijk aan banden moest worden gelegd. Zo vaardigde Keizer Anastasius in het jaar 506 de *lex Anastasiana* uit, die er kort gezegd op neerkwam dat de ‘cessionaris’ van de schuldenaar enkel betaling kon vorderen tot het bedrag van de koopsom die hij had betaald voor de vordering.⁶³⁹ Uit het feit dat in de praktijk ‘cessie’ zo vaak voorkwam dat beperkingen opgelegd moesten worden, blijkt dat ‘cessie’ aantrekkelijk was. Aantrekkelijk zal ‘cessie’ enkel zijn geweest, indien de ‘cessionaris’ de mogelijkheid had een bevrijdende betaling aan de ‘cedent’ te voorkomen. Mededeling doen van de ‘cessie’ aan de schuldenaar was daartoe het middel.

Voor de volledigheid wijs ik ten slotte op het nawoord van Bähr’s betoog waarin hij aangaf tijdens het drukken nog een taalkundig argument te hebben ontdekt dat zijn stelling ondersteunde:

‘Während des Druckes dieser Abhandlung bin ich noch auf ein grammatisches Moment aufmerksam geworden, welches die von mir unterstellte Interpolation in c. 3 de novat. wesentlich unterstützt. Dem Zwischensatze: (a) antequam lis

⁶³⁵ Zie Kunkel 1967, p. 224.

⁶³⁶ Zie Kunkel 1967, p. 246.

⁶³⁷ Zie bijvoorbeeld voor wat betreft de *Digesten*: L. Mitteis, E. Levy & E. Rabel, *Index interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*, Weimar: Böhlau Nachfolger 1929-1935.

⁶³⁸ Zie de bijlage.

⁶³⁹ Zie C. 4,35,22. De ‘cessionaris’ mocht eveneens rente over de koopsom vorderen.

contestetur, (b) vel aliquid ex debito accipiat, vel debitori tuo denuntiaverit, *fehlt nämlich offenbar die einheitliche Structur. Im Satze a ist das Wort "contestetur" passivisch gebraucht (...); "lis" ist das Subject des Satzes. Der Satz b aber verläßt dieses Subject und begehrt, daß man aus dem Vorhergehenden das Wort "creditor tuus" als Subject supplire. Damit fällt dieser Satz aus der Construction heraus und bewahrt so schon in seiner äußeren Erscheinung ein kennzeichen dafür, daß er mit dem Satz a nicht wohl aus einem Gusse entstanden sei. Es wäre ein Leichtes gewesen, beide Sätze sprachlich zu verschmelzen; man hätte nur "lis" in "litem" umzuwandeln gebraucht, wodurch "contestetur" zum Deponens geworden und "creditor tuus" auch zum Satze a als Subject herangezogen wäre. Darin, daß man dies unterließ, erweist sich zugleich die äußere Leichtfertigkeit des Machwerks, als Spiegelbild der inneren.*⁶⁴⁰

Juist het feit dat samenstellers van de *Codex* de grammaticale onjuistheid makkelijk hadden kunnen voorkomen, spreekt wat mij betreft tegen de stelling dat de tekst van Gordianus zou zijn geïnterpoleerd. Mij dunkt dat een interpolatie bijzondere aandacht meebracht voor de grammaticale correctheid van het resultaat. De samenstellers van het *Corpus Iuris Civilis* kenden goed klassiek Latijn, daaraan kan het niet hebben gelegen.⁶⁴¹

Rest de vraag of de constitutie van Gordianus bijdraagt aan het begrip van de mededeling in het geval een vordering was verpand. Inhoudelijk zag de constitutie van Gordianus niet op de verpanding van vorderingen, maar op 'cessie'. De tekst van Gordianus laat echter zien dat de verpanding van een vordering niet het enige geval was waarin de Romeinen gebruik maakten van de mededeling als middel ter voorkoming van het tenietgaan van een actie die toekwam aan een ander dan de schuldeiser. De teksten versterken elkaar. Het feit dat in beide gevallen de mededeling op dezelfde wijze werd gebruikt, maakt dat ik niet twijfel aan de juistheid van de enkele teksten die direct of indirect naar de mededeling verwijzen in geval een vordering was verpand. De teksten samengenomen laten een ontwikkeling zien in het Romeinse recht waarin pandhouders en 'cessionarissen' geholpen werden om hun actie veilig te stellen, zodat ze niet met lege handen stonden als het erop aankwam.

⁶⁴⁰ Zie Bähr 1857, p. 499. Zie in latere tijd Girard 1924, p. 777 nt 1: '*En dehors des raisons de fond, on peut relever comme indice d'interpolation l'incorrection de langage du texte actuel, où littéralement ce serait lis qui serait le sujet d'accipiat et de denuntiaveriti, tandis qu'il eût suffi pour avoir une phrase correcte d'employer contestetur à l'actif en écrivant antequam litem contestetur vel aliquid ex debito accipiat vel debitori tuo denuntiaverit. La mention antérieure de la dénonciation faite par Alexandre Sévère, C. 8,16(17), Quae res pign., 1, est relative à la matière différent de l'hypothèque des créances.*'

⁶⁴¹ Zie Lokin 2010, p. 25.

Hoofdstuk 9

Pignus nominis: inning door de actio utilis van de pandhouder

De pandhouder kon de schuldenaar van de verpande vordering om betaling vragen, zodra het moment was aangebroken waarop hij bevoegd was over te gaan tot inning. Vanzelfsprekend kon hij de verpande vordering enkel met succes innen, indien de verpande vordering opeisbaar was. Als de schuldenaar van de verpande vordering betaling weigerde, kon de pandhouder de hulp inroepen van de praetor. De praetor gaf de pandhouder een *actio utilis*.⁶⁴² Een particuliere rechter oordeelde over de feiten aan de hand van de *formula*. De *formula* lag besloten in de procesovereenkomst, die partijen hadden gesloten bij de praetor.⁶⁴³ Als de particuliere rechter de schuldenaar veroordeelde tot betaling aan de pandhouder, dan kon de pandhouder dit vonnis desnoods met behulp van de sterke arm van de staat uitvoeren na het instellen van de *actio iudicati*. Pas na het innen van de vordering kon de pandhouder zich op het geïnde verhalen.⁶⁴⁴ Het bestaan van de *actio utilis* maakte dat de verpanding van vorderingen voor Romeinen een effectief middel was om zekerheid te verschaffen.

9.1 De actiones utiles in het algemeen

Het was de praetor die bepaalde welke acties ter beschikking stonden aan partijen.⁶⁴⁵ De praetor vaardigde aan het begin van zijn ambtstermijn een edict uit, waarin hij aankondigde op welke rechtsmiddelen een beroep mogelijk was. Het kwam voor dat een rechtszoekende een beroep deed op de praetor gedurende diens ambtstermijn, maar dat het edict geen actie bevatte voor het geval. De praetor had op grond van zijn *imperium* de macht om de rechtszoekende desalniettemin een actie te geven, indien hij dit nodig achtte. De praetor wist zo

⁶⁴² Zie § 2.2.

⁶⁴³ Zie p. 17.

⁶⁴⁴ Zie over verhaal hoofdstuk 10.

⁶⁴⁵ Zie § 2.2.

het Romeinse recht te ontwikkelen. Praetorisch recht was volgens Papinianus dan ook:

D. 1,1,7,1

Papinianus, libro secundo definitionum. Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam. Quod et honorarium dicitur ad honorem praetorum sic nominatum.

Papinianus, Definities II. Praetorisch recht is recht dat de praetoren met het oog op het algemeen belang hebben ingevoerd om het *ius civile* te helpen uitvoeren, aan te vullen en te verbeteren. Dit recht wordt ook honorair recht (*ius honorarium*) genoemd, aldus aangeduid naar het honoraire ambt van de praetoren.

Marcianus duidde de praetor aan als de levende stem van het *ius civile*.⁶⁴⁶ Een volgende praetor nam regelmatig de nieuwe acties op in zijn Edict.⁶⁴⁷ Nadat keizer Hadrianus rond het jaar 130 het Edict van de praetor had vastgelegd, bleef de praetor gebruik maken van zijn bevoegdheid acties buiten het Edict om te scheppen.⁶⁴⁸ Het actiënsysteem was dankzij de praetor een flexibel systeem dat zich voortdurend ontwikkelde.⁶⁴⁹

⁶⁴⁶ Zie D. 1,1,8. De compilatoren van het *Corpus Iuris Civilis* lieten het fragment van Marcianus volgen op het in de hoofdtekst weergegeven fragment van Papinianus. Zie over de rol van de praetor bijvoorbeeld Zwolve 1998, p. 24.

⁶⁴⁷ Zie Kaser/Hackl 1996, p. 237 (§ 32). Soms kregen de acties in het Edict de naam van de praetor, die de actie ontwierp of in het Edict opnam. Een voorbeeld hiervan is de *actio Publiciana*. Justinianus vermeldde in zijn *Instituten* dat deze actie zo heette, omdat zij voor de eerste keer door een praetor met de naam Publicius in het Edict was opgenomen, zie Justinianus' *Instituten* 4,6,4.

⁶⁴⁸ Zie bijvoorbeeld Steinwenter 1953, p. 120, Wesener 1958, p. 249 en Zwolve 1998, p. 23 en verder. Zwolve legde uit dat de praetor een zelfstandige rechtsscheppende bevoegdheid had, die hij op twee verschillende wijzen kon hanteren. Enerzijds kon hij edicten uitvaardigen, anderzijds kon hij nieuwe acties ter beschikking stellen in concrete gevallen. De vastlegging van het Edict hield in dat de ontwikkeling van het privaatrecht door middel van praetorische edicten praktisch tot een einde kwam. Zwolve (zie Zwolve 1998, p. 25): 'De *viva vox iuris civilis* werd er echter niet door tot zwijgen gebracht. Er was immers nog een andere mogelijkheid het recht verder tot ontwikkeling te brengen dan die door middel van de uitvaardiging van *edicta*, te weten die welke bestond uit het manipuleren van de concrete procesformulieren (*formulae*) die ter instructie van de rechter werden opgesteld.'

⁶⁴⁹ Zie hierover bijvoorbeeld Riccobono 1928, p. 4 en verder en Wesener 1958, p. 250. De flexibiliteit dankte het Romeinse rechtstelsel niet enkel aan de mogelijkheid analoge acties toe te kennen. Schrage schreef (zie Schrage 1977, p. 36): 'De Romeinen konden ieder gewenst resultaat bereiken door extensieve interpretatie van de in het Edict opgenomen *actio*, door de verlening van *actiones utiles* en ten laatste met behulp van de subsidiaire *actio de dolo*.' De *actio de dolo* was een actie, die in geval van onbehoorlijkheid uitkomst kon bieden, indien geen andere actie beschikbaar was. Zie over de *actio de dolo* bijvoorbeeld Watson 1961.

Een *actio utilis* was een actie die de praetor vormgaf naar het voorbeeld van een bestaande actie.⁶⁵⁰ De praetor paste een bestaande actie aan om zo een actie te scheppen die een leemte vulde. De acties die werden aangepast, waren zowel acties op grond van het *ius civile*, als acties op grond van het *ius honorarium*, oftewel acties die hun ontstaan aan de praetor dankten.⁶⁵¹ Vaak gebruikten de juristen de uitdrukking *actio ad exemplum* om duidelijk te maken naar het voorbeeld van welke actie de aangepaste actie was geformuleerd.⁶⁵² Wij noemen deze acties ook wel analoge acties, omdat de *actiones utiles* werden geformuleerd analoog aan bestaande acties.⁶⁵³ Uitbreiding via het procesrecht kenmerkte het Romeinse recht en lag voor de hand in een rechtstelsel waarin de acties centraal stonden. Zimmermann maakte het verschil met ons systeem duidelijk:

*‘The only difference to the modern argumentum per analogiam being that we would approach the issue from the point of view of substantive law whereas Roman law was actional law: it was, first and foremost, not the analogous rule as such that had to be carved out, but the analogous remedy that had to be provided (ubi remedium ibi ius).’*⁶⁵⁴

De analogie met bestaande acties zorgde ervoor dat de *actiones utiles* pasten binnen het Romeinse rechtssysteem. De praetor behandelde gevallen, die in een bepaald opzicht vergelijkbaar waren, gelijk door het ter beschikking stellen van een bestaande *formula* in aangepaste vorm. De praetor kon een actie in aangepaste

⁶⁵⁰ Zie bijvoorbeeld Kaser/Hackl 1996, p. 238 (§ 32) en Gröschler 2002, p. 29. Anders Sotty (zie Sotty 1977, p. 631-632): *‘Les Romains n’ont jamais connu des utiles actiones qui seraient des extensions analogiques d’actions, édictales et civiles en général, déjà reconnues par le droit. Ils ont, en revanche, pratiqué un système d’actions données utiles (dare utilem actionem), qui s’oppose en tout point au système des utiles actiones, connu et exploité depuis toujours par les romanistes.’* Sotty’s theorie is ongefundeerd, alleen al omdat uit verschillende teksten blijkt (zie hierna in de hoofdttekst) dat de *actiones utiles* geschapen werden naar het voorbeeld van en ter aanvulling van bestaande acties. Zie voor verdere kritiek op Sotty Gröschler 2002, p. 29 nt. 12 en Harke 2016, p. 11-12. Naast *actiones utiles* kennen de Romeinen ook *exceptiones utiles*. Zie bijvoorbeeld D. 20,4,12pr. betreffende een *exceptio utilis* in een geval waarin een zaak tweemaal was verhypothekeerd. Zie over de *exceptio utilis* onder meer Nicosia 1958, p. 251 en verder.

⁶⁵¹ Zie Kaser/Hackl 1996, p. 329 (§ 47), zie Selb 1978, p. 493 en Wesener 1958, p. 250.

⁶⁵² Zie Wesener 1958. Wesener schreef over verschillende *actiones ad exemplum*. Ook andere uitdrukkingen komen voor om aan te geven dat een actie naar het voorbeeld van een andere actie is geformuleerd, bijvoorbeeld de uitdrukking *ad similitudinem*; zie Wesener 1958, p. 246.

⁶⁵³ Zie bijvoorbeeld Gröschler 2002, p. 29. Volgens Gröschler zag het begrip *actio utilis* in de klassieke tijd op: *‘Erweiterungsklagen (actiones ad exemplum), also solche Klagen, die sich an eine bereits vorhandene Grundklage (actio directa) anlehnen und diese abwandeln, dagegen nicht völlig neue Klagen, die vom Prätor ohne jedes Vorbild geschaffen werden.’* Harke benadrukte het analoge karakter van de *actiones utiles*. Zo luidt de ondertitel van zijn boek over de *actio utilis*: *Anspruchsanalogie im römischen Recht*. Zie Harke 2016.

⁶⁵⁴ Zie Zimmermann 1996, p. 994.

vorm als *actio utilis* geven, indien het instellen van de directe actie uitgesloten was, bijvoorbeeld omdat aan een voorwaarde van de directe actie niet was voldaan. De praetor ging hiertoe over indien hij het wenselijk achtte dat een actie naar het voorbeeld van de directe actie beschikbaar was op grond van bepaalde gelijkenissen tussen het geval waarin de directe actie beschikbaar was en het geval waarin de directe actie geen uitkomst bood. De term *actio utilis* gaf diensten-gevolge aan de ene kant aan dat het geval verschilde van dat waarin een beroep op de directe actie mogelijk was. Aan de andere kant betekende het ter beschikking staan van een actie naar het voorbeeld van de directe actie dat het afwijkende geval analoog werd behandeld aan het geval waarin de directe actie ter beschikking stond. Harke schreef om deze reden dat het begrip *actio utilis* zowel scheidend, als verbindend werkte:

*‘Der Begriff der actio utilis ist dabei gleichermaßen trennend wie verbindend: Er erhellt einerseits, dass eine Ausnahme von den gewöhnlichen Verurteilungs-voraussetzungen vorliegt; andererseits stellt er den Ableitungszusammenhang heraus, in dem die gewährte Klage im Verhältnis zur actio directa steht.’*⁶⁵⁵

Een *actio utilis* was letterlijk een nuttige actie.⁶⁵⁶ Birks meende echter dat de term *actio utilis* niet zo moet worden vertaald, omdat volgens hem *utilis* verwees naar het doel of het beginsel dat ten grondslag lag aan de actie, die in aangepaste vorm als *actio utilis* aan de eiser werd verleend. Birks schreef:

*‘The “utilitas-motivated” actions were actiones utiles. But utilis must not be translated as “useful” or “usable” or “expedient”. An actio utilis is an actio in factum upheld to implement the utilitas, the general policy or principle, of the lex.’*⁶⁵⁷

Ik denk dat het één het ander niet uitsloot. Aan de ene kant was het praktische nut van de aangepaste acties in de rechtspraktijk groot. Zo zou geen ‘cessionaris’ het nut ontkennen van de *actio utilis*, die maakte dat hem vrijwel dezelfde positie toekwam als onze cessionaris.⁶⁵⁸ Aan de andere kant verzekerde de werkwijze van de praetor dat leemtes zo werden gevuld dat de oplossing paste bij bestaande gevallen. Het formuleren van een aangepaste actie naar het voorbeeld van een directe actie zorgde ervoor dat de aangepaste actie een leemte vulde in overeenstemming met de beginselen, die ten grondslag lagen aan de directe

⁶⁵⁵ Zie Harke 2016, p. 16.

⁶⁵⁶ Zo bijvoorbeeld Lokin/Brandsma 2016, p. 53 (P13).

⁶⁵⁷ Zie Birks 2014, p. 214. Alibrandi verdedigde een vergelijkbaar standpunt, zie Alibrandi 1896, p. 160.

⁶⁵⁸ Zie hiervoor § 3.5.3.

actie.⁶⁵⁹ Pomponius zei niet voor niets het volgende verwijzend naar zogenoemde *actiones in factum*, een term waar ik hierna op in zal gaan.⁶⁶⁰

D. 19,5,11

Pomponius, libro trigesimo nono ad Quintum Mucium. Quia actionum non plenus numerus esset, ideo plerumque actiones in factum desiderantur. Sed et eas actiones, quae legibus proditae sunt, si lex iusta ac necessaria sit, supplet praetor in eo quod legi deest: quod facit in lege Aquilia reddendo actiones in factum accommodatas legi Aquiliae, idque utilitas eius legis exigit.

Pomponius, Op Quintus Mucius XXXIX. Omdat het bestand van acties niet onuitputtelijk was, bestaat er dikwijls behoefte aan op de feiten toegesneden acties. En ook de acties die bij wetten zijn ingevoerd, worden, als die wet juist en noodzakelijk is, door de praetor aangevuld op de punten waarin de wet een leemte vertoont. Dat doet hij bij de *Lex Aquilia* door het toekennen van op de feiten toegesneden acties die aan de *Lex Aquilia* zijn aangepast; dit vereist de maatschappelijke bruikbaarheid van die wet.

Aangepaste acties duiden de Romeinse juristen niet alleen aan als *actiones ad exemplum* of als *actiones utiles*, maar ook bijvoorbeeld als *actiones in factum*. Een *actio in factum* was een actie waarvan de *formula* was gebaseerd op het geval dat aanleiding gaf tot de actie.⁶⁶¹ De praetor achtte het belang van degene, die zich tot hem wendde, beschermenswaardig en gaf een rechtsmiddel op grond van zijn *imperium*.⁶⁶² Een ander, die zich nadien in dezelfde omstandigheden bevond, kon eveneens dit op de feiten gebaseerde rechtsmiddel gebruiken. Een *actio in factum* was een volwaardige actie. Zo stond bijvoorbeeld het bestaan van een *actio in factum* in de weg aan een beroep op de *actio de dolo*.⁶⁶³ De *actio de dolo* was een subsidiaire actie, dat wil zeggen dat een beroep op de *actio de dolo* enkel was toegestaan als de eiser geen andere actie ter beschikking stond.

Bij het ontwerpen van een *actio in factum* gebruikte de praetor de feiten van het geval om de *formula* vorm te geven. Het Romeinse recht kende *actiones in factum*, die los van bestaande acties waren geformuleerd en *actiones in factum*, waarin aansluiting werd gezocht bij een reeds bestaande actie.⁶⁶⁴ Indien de praetor

⁶⁵⁹ Mühlenbruch schreef bijvoorbeeld (zie Mühlenbruch 1836, p. 154): ‘Ihren Grund hatten die utiles actiones besonders in der vorherrschenden Neigung der römischen Rechtspraxis und Doctrin, neu entstandene Rechtssätze auf gewisse Analogieen zurückzuführen, – ein Verfahren, wodurch ein äußerer und innerer Zusammenhang im positiven Recht befördert und erhalten wird, das mithin als treffliche Grundlage für die Gewißheit des Rechts und einer möglichst bestimmten und gleichförmigen Anwendung desselben zu betrachten ist. Der Zweck aller utiles actiones war also: Lücken und Mängel des bestehenden Rechts durch dieses selbst und in dem Geiste desselben auszufüllen.’

⁶⁶⁰ Birks verwees niet naar deze tekst. Zie over deze tekst bijvoorbeeld Gröschler 2002, p. 12.

⁶⁶¹ Zie over *actiones in factum* onder meer Gröschler 2002.

⁶⁶² Zie Gröschler 2002, p. 286.

⁶⁶³ Zie Watson 1961, p. 392 en verder.

⁶⁶⁴ Zie Gröschler 2002, p. 11 en verder.

aansluiting zocht bij een bestaande actie, dan verving de praetor in geval van een *actio in factum* de feiten uit de *formula* van de reeds bestaande actie door de feiten van het geval dat aanleiding gaf tot de *actio in factum*.⁶⁶⁵

Indien de directe actie bijvoorbeeld eiste dat de gedaagde de slaaf waar het om ging, had gedood, dan verving de praetor dit vereiste als hetgeen zich had voorgedaan niet kon worden aangemerkt als het doden van de slaaf. Hij verving het vereiste door de omstandigheden die tot de dood van de slaaf hadden geleid.⁶⁶⁶ Zo kon de praetor eisen dat bewezen werd dat de gedaagde de slaaf had laten verhongeren.⁶⁶⁷ Op deze wijze breidde de praetor het toepassingsbereik van de *Lex Aquilia* uit door het toekennen van *actiones in factum*. De actie op grond van de *Lex Aquilia* was een actie voor slachtoffers van, wat wij nu zouden noemen, onrechtmatige daden.⁶⁶⁸ Het toepassingsbereik van de wet was echter op allerlei manieren beperkt en om die reden was de hulp van de praetor nodig.⁶⁶⁹ Niet rechtstreeks veroorzaakte schade viel buiten de wet, net als schade die was ontstaan door een zuiver nalaten. De praetor hielp slachtoffers door hen op de feiten toegesneden acties ter beschikking te stellen in bepaalde gevallen, die buiten de wet vielen.⁶⁷⁰ Ulpianus verwees zijn lezers naar Celsus:

D. 9,2,7,6

Ulpianus, libro octavo decimo ad edictum. Celsus autem multum interesse dicit, occiderit an mortis causam praestiterit, ut qui mortis causam praestitit, non Aquilia, sed in factum actione teneatur. Unde adfert eum qui venenum pro medicamento dedit et ait causam mortis praestitisse, quemadmodum eum qui furenti gladium porrexit: nam nec hunc lege Aquilia teneri, sed in factum.

Ulpianus, Het Edict XVIII. Celsus zegt dat het een groot verschil uitmaakt of iemand heeft ‘gedood’ dan wel ‘de dood heeft veroorzaakt’: degene immers die ‘de dood veroorzaakt’ is niet aansprakelijk op grond van de *Lex Aquilia*, maar met een op de feiten toegesneden actie. Hij haalt daarbij het geval aan van de man die vergif heeft toegediend in plaats van een geneesmiddel en hij zegt dat deze man ‘de dood heeft veroorzaakt’, net zoals degene die aan een geesteszieke een zwaard in handen heeft gegeven; ook deze laatste is dan immers niet aansprakelijk op grond van de *Lex Aquilia*, maar met een op de feiten toegesneden actie.

⁶⁶⁵ Zie Gröschler 2002, p. 33-34. Zie eveneens Kaser 1984, p. 100.

⁶⁶⁶ Zie Gröschler 2002, p. 23-24. Zie ook Selb 1982, p. 326.

⁶⁶⁷ Zie D. 9,2,9,2, Ulpianus, *Het Edict XVIII*: ‘*Si quis hominem fame necaverit, in factum actione teneri Neratius ait.*’ Vertaling: ‘Als iemand een slaaf door honger laat omkomen is hij, zo zegt Neratius, aansprakelijk met een op de feiten toegesneden actie.’

⁶⁶⁸ Zie over de *Lex Aquilia* Zimmermann 1996, p. 953 en verder.

⁶⁶⁹ Zie bijvoorbeeld D. 9,2,9pr. en zie Wesener 1958, p. 222 en verder. Zie ook Zimmermann 1996, p. 993 en verder.

⁶⁷⁰ Zie Wesener 1958, p. 223. Zie over aansprakelijkheid voor zuiver nalaten in het Romeinse recht bijvoorbeeld Brandsma 2013-2, p. 1 en verder.

De door de praetor verleende analoge acties zorgden ervoor dat slachtoffers van een onrechtmatige daad de dader aansprakelijk konden stellen in gevallen, die buiten het toepassingsbereik van de *Lex Aquilia* vielen. Riccobono concludeerde:

*‘Taking as his basis a statute restrictively framed, which made no attempt to provide for all cases of culpable injury, the praetor seized the opportunity of weaving a whole web of responsibility for culpa unconnected with contract, including even responsibility for corporal injuries to a free man. Thus were laid the sure foundations for the constructing of a general doctrine, according to which every fact inferring culpa and causing loss to another has its legal sanction.’*⁶⁷¹

Acties gebaseerd op de feiten gebruikte de praetor verder bijvoorbeeld om blote afspraken afdwingbaar te maken in rechte.⁶⁷² Het was inherent aan het Romeinse actiënrecht dat alleen overeenkomsten afdwingbaar waren, die waren voorzien van een actie. Lokin schreef dat het Romeinse recht in tegenstelling tot ons recht enkel bijzondere overeenkomsten kende.⁶⁷³ Naast de traditionele overeenkomsten, zoals de *stipulatio* en de koop, ontstonden andere overeenkomsten, die innominatcontracten werden genoemd.⁶⁷⁴ Indien één van beide partijen had gepresteerd, maar de prestatie van de ander uitbleef, dan had de partij die reeds had gepresteerd verschillende mogelijkheden. Eén van de mogelijkheden was het instellen van de *actio praescriptis verbis*, oftewel de actie met de inleidende omschrijving.⁶⁷⁵ Hoezeer de praetor de werkingssfeer van deze actie uitbreidde door middel van *actiones in factum* blijkt reeds uit het opschrift van titel D. 19,5, de titel over de *actio praescriptis verbis* in de Digesten van Justinianus. Dit opschrift luidt namelijk: *‘De praescriptis verbis et in factum actionibus.’*

In hoeverre de Romeinse juristen onderscheid maakten tussen *actiones in factum* en *actiones utiles* is de vraag.⁶⁷⁶ De praetor gebruikte zowel *actiones in factum*, als *actiones utiles* om het toepassingsbereik van een bestaande actie uit te breiden. Selb en, in navolging van hem, Gröschler onderscheidden verschillende

⁶⁷¹ Zie Riccobono 1928, p. 52-53.

⁶⁷² Zie over blote afspraken hiervoor p. 22. Zie Selb 1982, p. 331 en Kaser 1984, p. 97.

⁶⁷³ Zie Lokin/Brandsma 2016, p. 265 (V39).

⁶⁷⁴ Zie Lokin/Brandsma 2016, p. 265 (V39). Zie bijvoorbeeld het fragment van Celsus en het fragment van Julianus in de volgende noot.

⁶⁷⁵ Zie bijvoorbeeld D. 19,5,2 Celsus, *Digesten* VIII: *‘nam cum deficient vulgaria atque usitata actionum nomina, praescriptis verbis agendum est.’* Vertaling: ‘want wanneer de gebruikelijke en gewone categorieën van acties tekortschieten, dient met een actie met inleidende omschrijving te worden geprocedeerd.’ De compilatoren van het *Corpus Iuris Civilis* plaatsten na het fragment van Celsus het volgende fragment van Julianus. D. 19,5,3 Julianus, *Digesten* XIV: *‘In quam necesse est confugere, quotiens contractus existunt, quorum appellationes nullae iure civili proditae sunt.’* Vertaling: ‘Daartoe wordt men immers genoodzaakt steeds zijn toevlucht te nemen, wanneer er contracten in het leven geroepen worden, waarvoor in het *ius civile* geen benaming is gecreëerd.’

⁶⁷⁶ Zie hierover bijvoorbeeld Gröschler 2002, p. 28 en verder.

periodes. Betreffende de tijd vóór Julianus, meenden Selb en Gröschler dat de praetor op de feiten gebaseerde acties naar het voorbeeld van een reeds bestaande actie met name gebruikte om het toepassingsbereik van de *Lex Aquilia* uit te breiden en om bepaalde niet erkende contractuele afspraken te beschermen.⁶⁷⁷ Zoals ik uitlegde, paste de praetor de actie aan door de feiten van het geval, waarin de directe actie van toepassing was, te vervangen door de feiten van het geval waarin de directe actie niet van toepassing was.⁶⁷⁸

In geval van *actiones utiles* daarentegen greep de praetor niet in wat betreft de feiten van het geval waarop de actie van toepassing was. De praetor greep bijvoorbeeld in door een fictie in de *formula* op te nemen dat was voldaan aan een bepaalde voorwaarde, die de *formula* van de directe actie bevatte.⁶⁷⁹ Zo kon de praetor in de *formula* de fictie opnemen dat de eiser Romeins burger was.⁶⁸⁰ Daarnaast ontwierp de praetor onder meer *actiones utiles* om mogelijk te maken dat ten opzichte van de directe actie een ander optrad als eiser.⁶⁸¹ Denk hierbij aan de eerder besproken *actio utilis*, die toekwam aan de ‘cessionaris’.⁶⁸²

De juristen uit de tijd na Julianus maakten niet steeds op deze wijze onderscheid tussen *actiones in factum* en *actiones utiles*. Zo gebruikte Gaius in zijn *Instituten* enkel de term *actio utilis*.⁶⁸³ Gaius gebruikte deze term niet alleen als daadwerkelijk sprake was van een *actio utilis*, maar ook in gevallen waarin andere juristen spraken van een *actio in factum*, zoals bij het uitbreiden van het toepassingsbereik van de *Lex Aquilia*.⁶⁸⁴ Gaius gebruikte het begrip *actio utilis* in

⁶⁷⁷ Zie Selb 1982, p. 331 en p. 350. Volgens Selb stelden de juristen de *actiones in factum* tegenover de *actiones utiles*: ‘Durch actiones in factum wird bei zivilen Delikten der Tatbestand, bei zivilen Kontrakten der Kontraktstypus erweitert. Durch actiones utiles aber wird vorwiegend die Aktiv und Passivlegitimation einer Grundklage, die noch dazu in den Textstellen stets eine in ius konzipierte gewesen zu sein scheint, erweitert. Darüberhinaus werden Klagen wiederhergestellt, die nach ius civile untergegangen waren, werden Klagen zurückgestellt, die übergegangen waren etc.’

⁶⁷⁸ Zie Gröschler 2002, p. 23-24 en p. 33-34.

⁶⁷⁹ Zie over *actiones utiles*, die een fictie bevatten hierna § 9.4.1.

⁶⁸⁰ Zie noot 729.

⁶⁸¹ Zie Gröschler 2002, p. 31.

⁶⁸² Zie § 3.5.3.

⁶⁸³ Zie Selb 1982, p. 330. Zie ook Gröschler 2002, p. 34 en verder. Gröschler meende dat Gaius de term *actio in factum* vermeed om verwarring te voorkomen. Gaius legde in zijn *Instituten* aan de beginnende rechtenstudent namelijk het verschil uit tussen een *formula in ius concepta* en een *formula in factum concepta*. De *actiones in factum* zou een beginnende rechtenstudent ten onrechte hebben kunnen associëren met de *formulae in factum concepta*. Zie Gröschler 2002, p. 36.

⁶⁸⁴ Zo zag het begrip *actio utilis* in Gaius’ *Instituten* 3,81 op een geval waarin sprake was van een *actio utilis*, omdat de praetor acties zodanig aanpaste dat een ander dan in de directe actie kon procederen of kon worden aangesproken: Gaius schreef: ‘Item quae debita sunt ei, cuius fuerunt bona, aut ipse debuit, neque bonorum possessor neque bonorum emptor ipso iure debet aut ipsis debentur, et ideo de omnibus rebus utilibus actionibus et agunt et conueniuntur.’ Vertaling: ‘Verder is datgene wat aan of door de voormalige eigenaar van

het algemeen ter aanduiding van een aangepaste actie. De door Gaius gehanteerde terminologie beïnvloedde latere juristen.⁶⁸⁵ Zij gebruikten de benamingen deels door elkaar.⁶⁸⁶ Beide typen aangepaste acties dienden hetzelfde doel. De precieze techniek die de praetor hanteerde bij het aanpassen van de *formula* was vaak van ondergeschikt belang voor hetgeen de juristen in een fragment wilden uitleggen. De juristen gebruikten zowel de term *actio utilis*, als de term *actio in factum* om duidelijk te maken dat het geval werd behandeld analoog aan een ander geval, althans voor zover het acties betrof, die de praetor gaf naar het voorbeeld van bestaande acties.⁶⁸⁷ In die gevallen kon de praetor kiezen of hij de feiten verving bij het opstellen van de *formula* van de aangepaste actie of de *formula* anderszins aanpaste. Hoewel de ene techniek een andere aanpassing van de *formula* vergde dan de andere techniek, was het resultaat inhoudelijk hetzelfde. De ene keer koos de praetor voor het vervangen van de feiten uit de directe actie door andere feiten in de analoge actie. De andere keer gebruikte hij een andere techniek, bijvoorbeeld door met behulp van een fictie in de *formula* van de aangepaste actie te stellen dat aan een bepaalde voorwaarde was voldaan, ook al was in werkelijkheid niet voldaan aan de betreffende voorwaarde, die de directe actie bevatte.⁶⁸⁸

de boedel verschuldigd is, naar *ius civile* noch door of aan de boedelbezitter, noch door of aan de opkoper van de boedel verschuldigd. In al zulke gevallen wordt er daarom door middel van analoge acties door hen geprocedeerd of een vordering tegen hen ingesteld.’ Gaius gebruikte eveneens de term *actio utilis* in gevallen betreffende de uitbreiding van het toepassingsbereik van de actie op grond van de *Lex Aquilia*. Zie daarvoor Gaius’ *Instituten* 3,202 en Gaius’ *Instituten* 3,219. Fragment 219 begint bijvoorbeeld als volgt: ‘*Ceterum etiam placuit ita demum ex ista lege actionem esse, si quis corpore suo damnum dederit, ideoque alio modo damno dato utiles actiones dantur, uelut si quis alienum hominem aut pecudem incluserit et fame necauerit...*’ Vertaling: ‘Overigens is het heersende leer dat er op grond van deze wet pas dan een actie toepasselijk is, als iemand ten gevolge van een persoonlijk en fysiek handelen schade heeft toegebracht. Voor op andere wijze toegebrachte schade worden bijgevolg analoge acties verleend. Enige voorbeelden: iemand heeft een slaaf of een beest van een ander opgesloten en van honger laten omkomen...’ In geval van het verhongeren van een slaaf sprak Ulpianus over een *actio in factum*; zie noot 667.

⁶⁸⁵ Zie Gröschler 2002, p. 37.

⁶⁸⁶ Zie bijvoorbeeld Feenstra 1994, p. 296 (nr. 438) en Kaser 1984, p. 101.

⁶⁸⁷ Een *actio in factum* kon de praetor namelijk los van een bestaande actie opstellen. Zie Gröschler 2002, p. 11 en verder.

⁶⁸⁸ De techniek, die de praetor gebruikte, bepaalde hoe de *formula* eruit zag. De keuze voor een bepaalde techniek betekende echter inhoudelijk geen andere uitkomst. Zie Lokin/Brandsma 2016, p. 53 (P13) wat betreft de *formulae*, die een fictie bevatten: ‘Wanneer men iets dieper op de aard van de fictie ingaat, dan ziet men dat de fictie geenszins een onmisbaar hulpmiddel is, dat wil zeggen dat iedere fictieve regel zó te formuleren is dat hij géén fictieve aard bezit. Zo wordt in het Romeinse recht de opkoper van een failliete boedel soms gefingeerd de erfgenaam te zijn geweest van de failliet. Men kan dan zeggen dat deze opkoper rechten en verplichtingen heeft alsof hij de erfgenaam van de failliet gegane was; men kan hetzelfde ook tot uitdrukking brengen door te zeggen dat de opkoper dezelfde rechten en verplichtingen heeft als de erfgenaam van de failliet

De praetor ontwierp analoge acties, indien de directe actie niet van toepassing was. Analoge acties leidden ertoe dat personen, die niet voldeden aan de voorwaarden van de directe actie met succes datgene konden vorderen, wat anderen met de directe actie vorderden. Hetgeen partijen konden vorderen met een analoge actie, kwam namelijk overeen met het gevorderde in de directe actie.

Voorbeelden zijn de analoge acties die het toepassingsbereik van de *Lex Aquilia* uitbreidden en de *actio Publiciana*. De praetor paste de directe actie op zo'n manier aan dat het niet voldoen aan de voorwaarde niet in de weg stond aan een veroordeling van gedaagde. Zo gebruikte de praetor in de *actio Publiciana* de fictie dat de verjaring was voltooid, zodat de eisende verjaringsbezitter de zaak kon opvorderen als ware hij eigenaar.⁶⁸⁹ De *Publiciana* was een actie naar het voorbeeld van de *revindicatio*.⁶⁹⁰

De praetor ontwierp eveneens *actiones utiles*, die het met succes instellen van een actie mogelijk maakten door een ander dan de eiser of tegen een ander dan de gedaagde uit de directe actie. Deze aangepaste acties verschilden van de directe acties, omdat ten opzichte van de directe acties een ander optrad als eiser of een ander werd veroordeeld dan degene die gedaagde zou zijn geweest in de directe actie. Een voorbeeld is de *actio utilis* die het mogelijk maakte dat een 'cessionaris' met succes ageerde tegen de schuldenaar van de vordering, die hij bijvoorbeeld had gekocht. Een ander voorbeeld is de *actio exercitoria*, die het mogelijk maakte te procederen tegen een reder, indien de eiser een verbintenis had met een kapitein, die door de desbetreffende reder was aangesteld.⁶⁹¹

Ook in de wetgeving van de keizers vinden we de term *actio utilis*.⁶⁹² Het begrip *actio utilis* kreeg in de loop van de tijd meer een materieelrechtelijke, dan een procesrechtelijke inhoud. Toen de *formula*-procedure plaats maakte voor het zogenoemde buitengewone geding, de *cognitio extraordinaria*, betekende dit niet

gegane. Men heeft de regel dan onder woorden gebracht zonder gebruik te maken van een fictie ('alsof'). De al dan niet fictieve aard van een rechtsregel is dus gelegen in de formulering van die regel. De onderscheiding van fictieve en niet-fictieve regels is derhalve geen diepgaande onderscheiding; zij schuilt in de redactie van de regel en is met andere woorden een zaak van wetgevingstechniek. De reden waarom van een fictie gebruik wordt gemaakt is, dat de formulering met een fictie in het algemeen de bondigste is.'

⁶⁸⁹ Zie hierover p. 215.

⁶⁹⁰ Zie D. 44,7,35, Paulus, *Het Edict van de praetor* I: '(...) item Publiciana, quae ad exemplum vindicationis datur (...)' Vertaling: '(...) of met de Publiciana, die naar analogie van de eigendomsactie wordt verleend (...)'. Zie voor de *formula* van de *actio Publiciana* Feenstra 1994, p. 304 (onder III). De *formula* van de revindicatie is te vinden op p. 301 (onder I).

⁶⁹¹ Zie over de *actio exercitoria* hierna p. 219 en verder.

⁶⁹² Denk bijvoorbeeld aan de *actio utilis* die de 'cessionaris' kreeg, zie § 3.5.3. Zie verder bijvoorbeeld C.4,64,1, een constitutie waarin keizer Gordianus een actie naar het voorbeeld van de actie uit koop gaf. Zie voor andere voorbeelden onder meer Wesener 1958, p. 237. Zie ook Kaser 1984, p. 103 nt. 472.

het einde van het begrip *actio utilis*.⁶⁹³ Het begrip *utilis* stond in de tijd van het cognitieproces niet voor een aanpassing in de *formula* van de directe actie, maar signaleerde een afwijking van het gebruikelijke en stond voor de analoge behandeling van het voorliggende geval, net als het geval was in de tijd van de procedure *per formulam*.⁶⁹⁴ Het verdwijnen van de procedure *per formulam* leidde ertoe dat het voor de rechtspraktijk niet uitmaakte of sprake was van een directe dan wel een aangepaste actie. Paulus schreef:

D. 3,5,46(47),1⁶⁹⁵

Paulus, *libro primo sententiarum*.
Nec refert directa quis an utili actione agat vel conveniatur, quia in extraordinariis iudiciis, ubi conceptio formularum non observatur, haec subtilitas supervacua est, maxime cum utraque actio eiusdem potestatis est eundemque habet effectum.

Paulus, *Uitspraken I*. Het maakt niet uit of iemand met de rechtstreekse of met de analoge actie als eiser optreedt of aangesproken wordt. In de buitengewone procedures, waarin het opstellen van procesformulieren geen gebruik is, is zulk een subtiliteit namelijk overbodig, vooral omdat beide acties dezelfde reikwijdte en hetzelfde resultaat hebben.

9.2 *Actiones utiles* voor ‘beperkt gerechtigden’

Verpanding van een vordering leidde – in onze terminologie – tot de vestiging van een ‘beperkt recht’ door een schuldeiser, de pandgever. In het Romeinse recht kon de pandhouder in geval van verpanding van een vordering een *actio utilis* instellen tegen de schuldenaar van de verpande vordering teneinde deze vordering te innen.⁶⁹⁶ Een schuldeiser kon naast het pandrecht enkel een recht van vruchtgebruik vestigen, voor zover het de vestiging van ‘beperkte rechten’ betrof.⁶⁹⁷

⁶⁹³ Zie over de overgang naar de buitengewone procedure p. 176.

⁶⁹⁴ Zie Harke 2016, p. 16. Harke betoogde dientengevolge: ‘*Hat der Begriff der actio utilis schon in Formularprozess einen gleichsam materiellrechtlichen Gehalt, kann er auch überhaupt nicht an diese Verfahrensart gebunden sein und muss sich, wie die Reskriptenpraxis der diokletianischen Kanzlei und die Paulussentenzen hinlänglich beweisen, gleichfalls für den Kognitionsprozess eignen. Hier wie dort zeigt er an, dass eine schon etablierte Klage zweckentsprechend in einer Konstellation zum Einsatz kommt, in der sie mangels Erfüllung ihres gewöhnlichen Tatbestands eigentlich nicht einschlägig ist. Geschieht dies auch nicht zwingend durch eine formularre Fiktion, so liegt doch auf materiellrechtlicher Ebene eine Fiktion oder Unterstellung vor; denn ein Jurist, der sich für die Gewährung einer zweckdienlichen Klage entscheidet, geht vom Tatbestand der regulären Klage aus, um den als gleichwertig angesehenen Fall derselben Sanktion zu unterwerfen.*’

⁶⁹⁵ Dit fragment komt uit het eerste boek van de *Sententiae* van Paulus. Het is de vraag in hoeverre de *Sententiae* van Paulus zelf afkomstig zijn. Zie daarover hiervoor voetnoot 191.

⁶⁹⁶ Zie hoofdstuk 1.

⁶⁹⁷ Zie voor een geval waarin sprake was van het vruchtgebruik van een vordering bijvoorbeeld D. 7,5,3, een fragment van Ulpianus. Het fragment van Ulpianus wordt in het

De moderne jurist zal dit niet bevreemden: in ons BW kan een schuldeiser eveneens uitsluitend een pandrecht of een recht van vruchtgebruik vestigen.⁶⁹⁸ De overige ‘beperkte rechten’ zijn zakelijke rechten, die alleen kunnen worden gevestigd op zaken, dat wil zeggen op voor menselijke beheersing vatbare stoffelijke objecten.⁶⁹⁹ Het vestigen van een erfdienstbaarheid, erfpacht of opstal op een vordering is en was vanzelfsprekend niet aan de orde. Het onlichamelijke en onroerende karakter van een vordering staat en stond in de weg aan de vestiging van deze zakelijke rechten.

Van de Romeinse juristen zijn ons geen teksten overgeleverd betreffende de actie waarmee een vruchtgebruiker van een vordering kon ageren.⁷⁰⁰ Wat betreft de *actiones utiles*, die aan ‘beperkt gerechtigden’ toekwamen, richt ik mij om die reden op de aangepaste acties, die ‘beperkt gerechtigden’ kregen in geval van een ‘beperkt recht’ op een lichamelijke zaak.

Zoals ik uitlegde, had in het klassieke Romeinse recht een eigenaar de zaak en een ‘beperkt gerechtigde’ een recht op de zaak, een *ius in re*.⁷⁰¹ Een eigenaar beschikte over andere acties dan een ‘beperkt gerechtigde’. De eigenaar had bijvoorbeeld de *reivindicatio* om de zaak op te eisen. De ‘beperkt gerechtigde’ kon niet de *reivindicatio* instellen, maar kreeg een eigen actie om zijn recht

Corpus Iuris Civilis van Justinianus voorafgegaan door een fragment van Gaius betreffende een senaatsbesluit over oneigenlijk vruchtgebruik van geld. Gelet op hetgeen Ulpianus schreef, zag dit senaatsbesluit in het algemeen op het legateren van vruchtgebruik. Ulpianus schreef namelijk (D. 7,5,3, Ulpianus, *Op Sabinus* XVIII): ‘*Post quod omnium rerum usus fructus legari poterit. An et nominum? Nerva negavit: sed est verius, quod Cassius et Proculus existimant, posse legari. Idem tamen Nerva ipsi quoque debitori posse usum fructum legari scribit et remittendas ei usuras.*’ Vertaling: ‘Sinds dit besluit kan het vruchtgebruik van alle vermogensbestanddelen worden gelegateerd. Ook van vorderingen? Nerva heeft dit ontkend. Juister is echter de opvatting van Cassius en Proculus, dat deze wel gelegateerd kunnen worden. Diezelfde Nerva evenwel schrijft dat ook aan de schuldenaar zelf het vruchtgebruik kan worden gelegateerd en dat hem dan ontheffing van zijn renteverplichtingen moet worden verleend.’ Zie verder over het vruchtgebruik van een vordering bijvoorbeeld D. 33,2,37.

⁶⁹⁸ Pandrecht en vruchtgebruik zijn namelijk geregeld in boek 3 van het BW. Boek 3 bevat het algemene gedeelte van het goederenrecht. Alle goederen in de zin van artikel 3:1 BW kunnen met deze rechten worden bezwaard. Een vordering is een goed, aangezien het een vermogensrecht is in de zin van artikel 3:6 BW.

⁶⁹⁹ De overige beperkte rechten zijn geregeld in boek 5 van het BW. Dit boek bevat het recht dat van toepassing is op zaken in de zin van artikel 3:2 BW. Zaken zijn de voor menselijke beheersing vatbare stoffelijke objecten.

⁷⁰⁰ Zie over deze kwestie bijvoorbeeld Hartmann 1880, p. 541. Hartmann meende dat de vruchtgebruiker de *actio in personam* van de schuldeiser kreeg als *actio utilis*. Hartmann recenseerde in één artikel drie werken gewijd aan het vruchtgebruik van een vordering. Veel Pandektisten schreven namelijk over het *ususfructus nominis*. Zie voor zijn recensie Hartmann 1880, p. 518 en verder.

⁷⁰¹ Zie § 5.1.

geldend te maken. Hij beweerde in rechte niet dat de zaak van hem was, maar stelde dat hem een recht op de zaak toekwam.

Naast de *reivindicatio* waren er andere acties, waarop enkel een eigenaar een beroep kon doen. In verschillende gevallen hadden ‘beperkt gerechtigden’ behoefte aan een actie naar het voorbeeld van de actie, die aan de eigenaar toekwam. Wat betreft de *Lex Aquilia* stelde de praetor aangepaste acties beschikbaar om het toepassingsbereik van de *Lex Aquilia* uit te breiden.⁷⁰² Eén van de voorwaarden voor het instellen van de actie op grond van de *Lex Aquilia* was dat de eiser eigenaar van de beschadigde zaak moest zijn. De praetor schoot bepaalde ‘beperkt gerechtigden’ te hulp door hen een actie naar het voorbeeld van de actie van de *Lex Aquilia* te geven.⁷⁰³ Ulpianus en Paulus bespraken bijvoorbeeld het geval waarin een in vruchtgebruik gegeven slaaf door de eigenaar was verwond of gedood. In dat geval kon de vruchtgebruiker een actie instellen tegen de eigenaar naar het voorbeeld van de actie op grond van de *Lex Aquilia*.⁷⁰⁴

D. 7,1,17,3

Ulpianus, libro octavo decimo ad Sabinum. Si quis servum occiderit, utilem actionem exemplo Aquiliae fructuario dandam numquam dubitavi.

Ulpianus, Op Sabinus XVIII. Dat aan de vruchtgebruiker een aangepaste actie naar het model van die uit de Aquilia moet worden verleend voor het geval iemand de slaaf zou hebben gedood, heb ik nooit betwijfeld.

Ook in andere gevallen vinden we de term *actio ad exemplum legis Aquiliae*.⁷⁰⁵ De uitbreiding van het toepassingsbereik van de actie op grond van de *Lex Aquilia* beperkte zich niet tot de vruchtgebruiker. Zo kreeg iemand die een erfdiensbaarheid had een *actio utilis* in het volgende geval, dat Ulpianus beschreef. Het betrof een erfdiensbaarheid, die inhield dat de eigenaar van het heersende erf een waterleiding over het erf van zijn buurman mocht hebben.⁷⁰⁶

⁷⁰² Zie hiervoor p. 198. Zie bijvoorbeeld D. 9,2,11,10, D. 7,1,17,3 en D. 4,3,7,4.

⁷⁰³ Zie hierover Zimmermann 1996, p. 994-995.

⁷⁰⁴ Zo ook Paulus (zie D. 9,2,12, *Op Sabinus* X): ‘*Sed et si proprietatis dominus vulneraverit servum vel occiderit, in quo usus fructus meus est, danda est mihi ad exemplum legis Aquiliae actio in eum pro portione usus fructus, ut etiam ea pars anni in aestimationem veniat, qua nondum usus fructus meus fuit.*’ Vertaling: ‘Maar ook als de bloot-eigenaar een slaaf waarvan ik het vruchtgebruik geniet, heeft verwond of gedood, dient mij tegen hem een actie naar het model van die uit de *Lex Aquilia* gegeven te worden, gericht op de in een percentage uitgedrukte waarde van het vruchtgebruik, met dien verstande dat ook dat gedeelte van het jaar waarin ik het vruchtgebruik nog niet had, bij de taxatie in aanmerking wordt genomen.’ Zie verder bijvoorbeeld D. 11,3,9,1. Zie over deze kwestie Harke 2016, p. 87-88.

⁷⁰⁵ Zie bijvoorbeeld D. 9,2,53. Neratius besprak een *actio in factum* gegeven naar het voorbeeld van de *Lex Aquilia*. Zie voor andere vindplaatsen van deze term Wesener 1958.

⁷⁰⁶ Zie hierover Harke 2016, p. 88.

D. 9,2,27,32

Ulpianus, libro octavo decimo ad edictum. Si quis aquae ductum meum diruerit, licet cementa mea sunt, quae diruta sunt, tamen quia terra mea non sit, qua aquam duco, melius est dicere actionem utilem dandam.

Ulpianus, Het Edict XVIII. Als iemand mijn aquaduct heeft gesloopt, is het, hoewel het gesloopte materiaal mij toebehoort, niettemin beter te zeggen dat een aangepaste actie gegeven moet worden, omdat de grond waarover ik het water leid niet van mij is.

Ulpianus aarzelde een moment of niet de directe actie van toepassing zou zijn, aangezien het gesloopte materiaal volgens hem de getroffen toebehoorde. Toen echter de beschadigingen werden aangebracht, maakte de waterleiding deel uit van de grond en kwam de eigendom van de waterleiding toe aan de grondeigenaar. De grond trok namelijk de daarop gebouwde werken na, oftewel ‘*superficies solo cedit*’.⁷⁰⁷

Ook buiten onrechtmatige daad kwam de praetor ‘beperkt gerechtigden’ te hulp. Een voorbeeld was de scheiding-, en delingsactie, die de praetor zo aanpaste, dat ‘beperkt gerechtigden’ hun gemeenschap konden beëindigen als ze gezamenlijk één recht hadden.⁷⁰⁸ Onder meer een pandrecht kon in een gemeenschap vallen. De pandhouders konden deze gemeenschap opheffen met een aangepaste delingsactie.⁷⁰⁹

D. 10,3,7,6

Ulpianus, libro vicensimo ad edictum. Si duo sint qui rem pignori acceperunt, aequissimum esse utili communi dividendo iudicium dari.

Ulpianus, Het Edict XX. Als er twee personen zijn die een zaak in pand hebben gekregen, is het zeer billijk dat een analoge delingsactie wordt gegeven.

⁷⁰⁷ Zie Lokin/Brandsma 2016, p. 188 (G67).

⁷⁰⁸ Zie Harke 2016, p. 26 en verder. Zie wat betreft een gemeenschap van vruchtgebruikers bijvoorbeeld D. 7,1,13,3, Ulpianus, *Op Sabinus XVIII*: ‘*Sed si inter duos fructuarios sit controversia, Iulianus libro trigensimo octavo digestorum scribit aequissimum esse quasi vidundo iudicium dari vel stipulatione inter se eos cavere, qualiter fruuntur: cur enim, inquit Iulianus, ad arma et rixam procedere patiatur praetor, quos potest iurisdictione sua componere? Quam sententiam Celsus quoque libro vicensimo digestorum probat, et ego puto veram.*’ Vertaling: ‘Als een geschil bestaat tussen twee vruchtgebruikers, schrijft Julianus in het 38^e boek van zijn *Digesten*, is het hoogst redelijk dat hun een soort delingsactie wordt verleend, of dat ze door stipulatie jegens elkaar garantie geven over de wijze waarop zij het genot zullen uitoefenen. Waarom immers, zegt Julianus, zou de praetor dulden dat zij tot wapengeweld en vechtpartijen overgaan, als hij hen op grond van zijn rechtsmacht tot een vergelijk kan brengen? Deze zienswijze onderschrijft ook Celsus in het 20^e boek van zijn *Digesten*; en ik meen dat zij juist is.’

⁷⁰⁹ In het Romeinse recht werd een analoge delingsactie bijvoorbeeld ook gegeven in geval de opbrengst van het verpande goed niet voldoende was om alle pandhouders, die van gelijke rang waren, te voldoen. Zie Sirks 1986, p. 312.

Verder kon in geval van herverpanding degene die een zaak kreeg herverpand, geen beroep doen op de *actio Serviana*, omdat het goed zich niet in het vermogen van de herpandgever bevond.⁷¹⁰ De herpandgever had enkel een pandrecht, maar niet de zaak zelf. De praetor gaf de herpandhouder de *actio Serviana utilis*.

In een ander geval gaf ik aan dat iemand, die een perceel grond verpand had gekregen, een *actio utilis* kreeg om de erfdienstbaarheid te kunnen uitoefenen, die ten behoeve van dit perceel grond was gevestigd.⁷¹¹ Julianus sprak van een analoge vordering voor een erfdienstbaarheid, *utilem petitionem servitutis*.⁷¹² De directe actie kwam toe aan de eigenaar.

Niet iedereen gaf ‘beperkt gerechtigden’ in alle gevallen een aangepaste actie ter beschikking. Zo schreef Ulpianus dat een vruchtgebruiker niet kon ageren met de *actio aquae pluviae arcendae utilis*.

D. 39,3,3-4

Ulpianus, libro quinquagensimo tertio ad edictum. *Aquae pluviae arcendae non nisi eum teneri, qui in suo opus faciat, receptum est eoque iure utimur. (...)*

4. Neque fructuarius neque cum eo aquae pluviae arcendae agi potest.

Ulpianus, Het Edict LIII. Met de actie tot wering van regenwater is alleen diegene aansprakelijk die op zijn eigen land grondwerk uitvoert. Dit is algemeen aanvaard en het is ook een rechtsregel die wij in de praktijk toepassen. (...)

4. Een vruchtgebruiker kan niet met de actie tot wering van regenwater procederen en evenmin kan die actie tegen hem worden ingesteld.

Pomponius meende het tegenovergestelde.⁷¹³

⁷¹⁰ Zie hierover § 5.3.2.

⁷¹¹ Zie p. 149.

⁷¹² Zie D. 8,1,16 Julianus, *Digesten* XLIX: ‘*Ei, qui pignori fundum accepit, non est iniquum utilem petitionem servitutis dari, sicuti ipsius fundi utilis petitio dabitur. Idem servari convenit et in eo, ad quem vectigalis fundus pertinet.*’ Vertaling: ‘Het is niet onbillijk dat aan degene die een perceel grond in pand heeft gekregen, een analoge vordering voor een erfdienstbaarheid wordt verleend, net zo als voor het perceel grond zelf een analoge vordering gegeven zal worden. Men is het erover eens dat men dezelfde gedragslijn moet volgen jegens degene aan wie een cijnsplichtig perceel overheidsgrond toebehoort.’ Julianus gaf aan dat hetzelfde gold voor een in erfpacht gegeven stuk grond, dat wil zeggen dat de erfpachter eveneens een *actio utilis* kreeg om de erfdienstbaarheid te gelde te maken. Op het eerste gezicht bevreemdt het dat Julianus aangaf dat voor het perceel grond zelf een analoge actie werd gegeven. Ik vermoed dat Julianus deze zinswending gebruikte, omdat de *actio Serviana* ook wel werd aangeduid als *vindicatio pignoris*. De actie diende ter opvordering van het pand door de pandhouder en was vormgegeven naar het voorbeeld van de *reivindicatio*. De *reivindicatio* was de actie waarmee een eigenaar zijn zaak kon opeisen.

⁷¹³ Zie over deze kwestie Harke 2016, p. 87.

D. 39,3,22pr.-2

Pomponius, libro decimo ex variis lectionibus. Si usus fructus fundi legatus fuerit, aquae pluviae arcendae actio heredi et cum herede est, cuius praedium fuerit. Quod si ex opere incommodum aliquod patitur fructuarius, poterit quidem interdum vel interdicto experiri quod vi aut clam. Quod si ei non competet, quaerendum est, an utilis ei quasi domino actio aquae pluviae arcendae dari debeat an vero etiam contendat ius sibi esse uti frui: sed magis est utilem aquae pluviae arcendae ei actionem accommodare.

1. (...)

2. Sed et si fructuarius opus fecerit, per quod aqua pluvia alicui noceat, erit quidem actio legitima cum domino proprietatis: an vero etiam utilis in fructuarium actio aquae pluviae arcendae danda sit, quaesitum est: et magis est ut detur.

Pomponius, Diverse aantekeningen X. Als het vruchtgebruik van een perceel grond is gelegateerd, moet de actie tot wering van regenwater worden ingesteld door of tegen de erfgenaam aan wie de grond toebehoort. Maar als de vruchtgebruiker ten gevolge van grondwerk enig nadeel ondervindt, zal hij soms de mogelijkheid hebben om althans met het interdict ‘Hetgeen met geweld of heimelijk’ op te treden. Voor het geval dat dit interdict hem niet toekomt, moet de vraag worden gesteld of hem een analoge actie tot wering van regenwater dient te worden verleend als ware hij eigenaar of dat hij zijn toevlucht moet nemen tot een proces waarin hij stelt dat hij het recht van vruchtgebruik heeft. Het verdient de voorkeur om hem een analoge actie tot wering van regenwater toe te kennen.

1. (...)

2. Ook als een vruchtgebruiker grondwerk heeft uitgevoerd ten gevolge waarvan regenwater schade bij iemand veroorzaakt, staat de door de Wet [der Twaalf Tafelen] ingevoerde actie tegen de blooteigenaar ter beschikking. Men heeft echter de vraag gesteld of dan ook een analoge actie tot wering van regenwater tegen de vruchtgebruiker moet worden verleend. De beste opvatting is dat een dergelijke actie inderdaad verleend dient te worden.

Al met al konden ‘beperkt gerechtigden’ in het Romeinse recht in verschillende gevallen gebruik maken van *actiones utiles*. In die gevallen gaf de praetor doorgaans de ‘beperkt gerechtigde’ een actie naar het voorbeeld van de actie van degene, die het beperkte recht had gevestigd. Zo kreeg de vruchtgebruiker een actie naar het voorbeeld van de actie die aan de eigenaar toekwam op grond van de *Lex Aquilia*.⁷¹⁴ Verder kreeg de herpandhouder in aangepaste vorm de actie, die aan de herpandgever toekwam. Daarnaast kreeg de pandhouder een analoge actie om zich te kunnen beroepen op de erfdienstbaarheid die was gevestigd ten behoeve van het in pand gegeven erf.⁷¹⁵ Hij kreeg de actie naar het voorbeeld van de actie waarmee de pandgever als eigenaar van het heersende erf de erfdienstbaarheid afdwong. De werkwijze van de praetor zorgde ervoor dat de ‘beperkt gerechtigde’ niet over meer recht beschikte dan degene, die het beperkte recht had

⁷¹⁴ Zie p. 205.

⁷¹⁵ Zie wat betreft de herverpanding § 5.3.2 en wat betreft de analoge actie voor de pandhouder, die gebruik wilde maken van een erfdienstbaarheid gevestigd ten behoeve van het in pand gegeven erf p. 149.

gevestigd. De ‘beperkt gerechtigde’ kreeg in aangepaste vorm de actie van degene aan wie hij zijn recht ontleende.

Het kon echter zo zijn dat hetgeen de ‘beperkt gerechtigde’ wilde vorderen, verschilde van hetgeen kon worden gevorderd met de actie van degene, die het beperkte recht had gevestigd. Het was in dat geval niet zinvol diens actie zo aan te passen dat de ‘beperkt gerechtigde’ hiervan gebruik kon maken. De praetor koos daarom voor een andere oplossing, indien de ‘beperkt gerechtigde’ geen baat had bij een actie naar het voorbeeld van de actie van degene aan wie de ‘beperkt gerechtigde’ zijn recht ontleende. Zo had een gerechtigde tot een erfdiensbaaerheid verleend door een opstalhouder niets aan de actie van de opstalhouder in aangepaste vorm om zijn erfdiensbaaerheid geldend te maken. In dat geval behandelde de praetor de gerechtigde tot een erfdiensbaaerheid naar het voorbeeld van iemand, wiens erfdiensbaaerheid was gevestigd door de eigenaar, oftewel naar het voorbeeld van een erfdiensbaaerheid gevestigd naar *ius civile*.⁷¹⁶ Vanzelfsprekend ageerde hij die een erfdiensbaaerheid had tegen de opstalhouder niet met een actie naar het voorbeeld van de actie van de opstalhouder aan wie hij zijn recht ontleende, maar met een actie op grond van zijn erfdiensbaaerheid.

9.3 *Actiones utiles* die ertoe leidden dat een ander dan de schuldeiser een vordering inde

In geval van de verpanding van een vordering speelden drie personen een rol. Twee van hen waren schuldeiser. Eén verpandde zijn vordering wegens een schuld, die hij had aan een ander. Hij werd diensgevolge naast schuldeiser pandgever. De andere schuldeiser kreeg het pandrecht ter verzekering van zijn vordering op de schuldeiser/pandgever. Hij werd naast schuldeiser pandhouder. De derde persoon was de schuldenaar van de verpande vordering. De pandhouder kon de verpande vordering innen door een *actio utilis* in te stellen tegen de schuldenaar van de verpande vordering.⁷¹⁷

Deze *actio utilis* was niet de enige *actio utilis* in het Romeinse recht, die ertoe leidde dat een ander dan de schuldeiser naar *ius civile* een vordering inde. In verschillende gevallen gaf de praetor een *actio utilis* aan iemand, die bevoegd was een vordering te innen op grond van zijn rechtsverhouding met de schuldeiser. Een voorbeeld was de *actio utilis*, die de praetor gaf aan een ‘cessionaris’.⁷¹⁸ Onder meer een koper van een vordering kon de gekochte vordering innen door middel van een *actio utilis*. De Romeinse juristen behandelden

⁷¹⁶ Zie D. 43,18,1,9. Dit fragment van Ulpianus staat op p. 138.

⁷¹⁷ Zie hoofdstuk 1.

⁷¹⁸ Zie § 3.5.3.

zelfs gevallen als koop van een vordering, die wij niet zo zouden aanmerken. Denk bijvoorbeeld aan een geval waarin een schuldenaar regres kan nemen op zijn hoofdelijke medeschuldenaren, indien hij zijn medeschuldenaren heeft bevrijd door een schuld te betalen, die zij gezamenlijk moesten dragen.⁷¹⁹ Hetzelfde bereikten de Romeinse juristen door middel van een ‘cessie’. Zo behandelde Papinianus het volgende geval waarin een pupil meerdere voogden had.⁷²⁰ Eén voogd voldeed hetgeen de voogden de pupil gezamenlijk waren verschuldigd. Papinianus legde uit dat het erop neer kwam dat de betalende voogd zijn deel van de schuld had voldaan en voor het overige de vordering van de pupil had gekocht:

D. 27,3,21

Papinianus, *libro primo definitionum*. Cum pupillus tutelae actione contra tutorem alterum tutori, quem iudex in solidum condemnavit, cessit, quamvis postea iudicatum fiat, tamen actio data non intercidit, quia pro parte condemnati tutoris non tutela reddita, sed nominis pretium solutum videtur.

Papinianus, *Definities I*. Wanneer een pupil de voogdijactie tegen de ene voogd ‘gecedeerd’ heeft aan de andere voogd, die door de rechter voor het geheel veroordeeld is, gaat, ook al wordt naderhand aan het vonnis voldaan, de verleende actie nochtans niet teniet. Men neemt namelijk aan dat voor wat het deel van de medevoogd betreft geen rekening en verantwoording over de voogdij is afgelegd, doch een koopprijs voor de vordering is betaald.

De pupil kreeg zo in één keer waar hij recht op had. Formeel was zijn vordering echter slechts deels voldaan. Enkel het deel was betaald dat de betalende voogd moest dragen. Het andere deel van de schuld bleef bestaan. De vordering op de andere voogd was verkocht aan de voogd, die had betaald. De voogd, die had betaald, kon diens gevolg van zijn medevoogd het deel van de schuld vorderen dat die medevoogd moest betalen.⁷²¹ Hij kreeg de voogdijactie, die de pupil tegen de andere voogd had, *utilis*. Ulpianus:

⁷¹⁹ Zie bijvoorbeeld Asser/Sieburgh 6-I 2016/122.

⁷²⁰ Zie hierover bijvoorbeeld Harke 2016, p. 275.

⁷²¹ Zie bijvoorbeeld ook D. 46,3,76, Modestinus, *Adviezen VI*: ‘*Modestinus respondit, si post solutum sine ullo pacto omne, quod ex causa tutelae debeatur, actiones post aliquod intervallum cessae sint, nihil ea cessione actum, cum nulla actio superfuerit: quod si ante solutionem hoc factum est vel, cum convenisset, ut mandarentur actiones, tunc solutio facta esset mandatum subsecutum est, salvas esse mandatas actiones, cum novissimo quoque casu pretium magis mandatarum actionum solutum quam actio quae fuit perempta videatur.*’ Vertaling: ‘Modestinus heeft geadviseerd: als zonder enige nadere afspraak [door een voogd] alles betaald is wat ter zake van de voogdij verschuldigd was, en hem na enige tijd de acties [tegen zijn medevoogden] zijn overgedragen, is door die overdracht niets bereikt, omdat er geen enkele actie meer voorhanden was; maar als dit vóór de betaling is gebeurd of als de betaling heeft plaatsgevonden nadat was overeengekomen dat de acties zouden worden overgedragen, en de overdracht is gevolgd, blijven de overgedragen acties wél voorhanden, omdat het ook in het laatste geval ervoor wordt

D. 27,3,1,13

Ulpianus, libro trigesimo sexto ad edictum. Et si forte quis ex facto alterius tutoris condemnatus praestiterit vel ex communi gestu nec ei mandatae sunt actiones, constitutum est a divo Pio et ab imperatore nostro et divo patre eius utilem actionem tutori adversus contutorem dandam.

Ulpianus, Het Edict XXXVI. En als iemand betaald heeft na veroordeeld te zijn wegens een handeling van een medevoogd of wegens gemeenschappelijk gevoerd beheer, zonder dat de acties aan hem gecedeerd zijn, dient aan deze voogd een analoge actie tegen zijn medevoogd te worden verleend; aldus is verordend door de vergoddelijkte Antoninus Pius alsmede door onze keizer [Antoninus Caracalla] en diens vergoddelijkte vader.

Het was niet nodig dat de pupil de voogd die had betaald, aanwees als *procurator in rem suam*. De Romeinse juristen bereikten op twee manieren dat een schuldeaar betaalde aan een ‘cessionaris’.⁷²² De ‘cessionaris’ kon ofwel op grond van een cessiemandaat ageren als *procurator in rem suam*, ofwel de ‘cessionaris’ kon procederen met een *actio utilis*. Een cessiemandaat was niet nodig om te kunnen ageren met een *actio utilis*. Zowel het cessiemandaat, als de *actio utilis* noemde Caracalla in het volgende rescript. Ulpianus verwees ter motivering van zijn stelling naar de keizers. Wellicht doelde hij op dit rescript.⁷²³

C. 5,58,2 [A.D. 212]

Imp. Antoninus A. Primitivo. Si non ex propria culpa solus pupillae condemnatus es, sed absens et indefensus adquivisti, cum ex causa iudicati satisfacere coeperis, actionem adversus contutores tuos mandari tibi a pupilla desiderabis vel utili actione uteris.

De doorluchtige keizer Antoninus [Caracalla] aan Primitivus. Indien u als enige en niet op grond van eigen schuld jegens het onder voogdij staande meisje veroordeeld bent, maar, omdat u afwezig en onverdedigd was, hebt berust, zult u, wanneer u op grond van het vonnis tot betaling overgaat, van het onder voogdij staande meisje verlangen dat de acties tegen uw medevoogden aan u worden overgedragen of zult u gebruik maken van de analoge actie.

Caracalla’s beslissing hield in dat de voogd, die had betaald, kon procederen ofwel op grond van een aanstelling als *procurator in rem suam*, ofwel met een *actio utilis*.

Een ander geval waarin *actiones utiles* het mogelijk maakten dat een ander dan de eigenlijke schuldeiser een vordering inde, was het geval waarin een baas vorderingen kon instellen, die toekwamen aan een door hem aangestelde bedrijfsleider (*institor*). De vorderingen kwamen niet toe aan de baas, indien de bedrijfsleider een slaaf van een ander was of een vrij man, die op eigen naam

gehouden dat niet zozeer de bestaande actie is tenietgegaan als wel een prijs voor de overgedragen actie is betaald.’

⁷²² Zie § 3.5.

⁷²³ Zie Harke 2016, p. 275.

overeenkomsten sloot met klanten.⁷²⁴ De baas had alleen een actie tegen de bedrijfsleider op grond van hun onderlinge verhouding. Enkel de bedrijfsleider kon de vorderingen instellen tegen de klanten. Ulpianus schreef in het volgende fragment niet voor niets *actione deficietur*, oftewel dat acties aan de baas ontbraken.⁷²⁵ Tegelijkertijd was het echter klanten van de bedrijfsleider toegestaan om de baas van de bedrijfsleider aan te spreken met de *actio institoria*.⁷²⁶ Als het de baas niet lukte om van zijn bedrijfsleider de winst te krijgen, dan kon het dientengevolge zo zijn dat de baas wel de lasten moest dragen, maar niet de lusten kreeg. Marcellus meende dan ook dat de baas wel degelijk kon ageren tegen de klanten. Gaius stelde hierbij als voorwaarde dat de baas niet op een andere manier zijn belangen veilig kon stellen.

D. 14,3,1-2

1. **Ulpianus, *libro vicensimo octavo ad edictum*.** Aequum praetori visum est, sicut com-moda sentimus ex actu instito-rum, ita etiam obligari nos ex contractibus ipsorum et conve-niri. Sed non idem facit circa eum qui institorem praeposuit, ut experiri possit: sed si quidem servum proprium institorem ha-buit, potest esse securus adqui-sitis sibi actionibus: si autem vel alienum servum vel etiam homi-nem liberum, actione deficietur: ipsum tamen institorem vel domi-num eius convenire poterit vel mandati vel negotiorum gesto-rum. Marcellus autem ait debere dari actionem ei qui institorem praeposuit in eos, qui cum eo contraxerint

2. **Gaius, *libro nono ad edictum provinciale*.** eo nomine, quo insti-tor contraxit, si modo aliter rem suam servare non potest.

1. **Ulpianus, *Het Edict XXVIII*.** De praetor heeft het billijk geacht dat wij, net zoals wij de voordelen ondervinden van handelingen van bedrijfsleiders, ook op grond van door hen gesloten contracten verbonden en aangesproken kunnen worden. Maar ten aanzien van de persoon die een bedrijfsleider heeft aangesteld, verbindt hij daar-aan niet tevens de consequentie dat deze zelf een actie zou kunnen instellen. Indien iemand zijn eigen slaaf als bedrijfsleider heeft aangesteld, hoeft hij zich geen zorgen te maken, omdat de acties voor hem verworven zijn. Heeft hij echter andermans slaaf of een vrij man als bedrijfsleider aangesteld, dan heeft hij geen actie. Wel zal hij dan de bedrijfsleider zelf of diens meester kunnen aanspreken met de actie uit lastgeving of die uit zaakwaarneming. Marcellus daarentegen zegt, dat aan degene die een bedrijfsleider heeft aangesteld een actie moet worden verleend tegen degenen die met hem een contract gesloten hebben

2. **Gaius, *Het Provincie-edict IX*.** uit hoofde van het contract dat de bedrijfsleider gesloten heeft; dit echter alleen als de principaal niet op andere wijze zijn belangen veilig kan stellen.

⁷²⁴ De acties kwamen rechtens toe aan de baas, indien de bedrijfsleider in de macht stond van de baas, bijvoorbeeld omdat hij een slaaf of een zoon was. In die gevallen had de baas geen *actiones utiles* nodig, omdat hij beschikte over de directe acties.

⁷²⁵ Zie Harke 2016, p. 327. Harke wees hierbij ter ondersteuning op enkele teksten, bijvoor-beeld D. 46,5,5. Paulus schreef dat de praetor de eigenaar van de koopwaar te hulp moest schieten als bijvoorbeeld het vermogen van de bedrijfsleider werd geveild.

⁷²⁶ Zie over de *actio institoria* titel 14,3 van de *Digesten*. Zie ook Gaius' *Instituten* 4,71. Zie over de *actio institoria* ook hierna p. 219 en verder.

De rechtsverhouding tussen de baas en de bedrijfsleider rechtvaardigde de toekenning van een *actio utilis* aan de baas, die geen andere mogelijkheden had.

Meer in het algemeen valt op dat de praetor als uitgangspunt bij de toekenning van een *actio utilis* de rechtsverhouding nam tussen de eigenlijke schuldeiser en degene, die op grond van een overeenkomst de vordering van de schuldeiser mocht innen. Zo vormden zowel de rechtsverhouding tussen de ‘cedent’ en de ‘cessionaris’, als de rechtsverhouding tussen de pandgever en de pandhouder de grondslag voor de toekenning van een *actio utilis*. De praetor beschermde de overeenkomst van ‘cessie’ en de pandovereenkomst door aan de ‘cessionaris’ en de pandhouder een *actio utilis* te geven om de vordering te innen. De *actiones utiles*, die ervoor zorgden dat een ander dan de eigenlijke schuldeiser een vordering kon innen, gaven degene die er een beroep op kon doen een positie ten opzichte van de schuldenaar, die onafhankelijk was van de eigenlijke schuldeiser. De *actiones utiles* vulden zo een leemte. De *actio utilis* bood uitkomst, omdat de directe actie de ‘cessionaris’ en de pandhouder niet toekwam.

Onafhankelijk van ‘cessie’, verpanding of vruchtgebruik rechtvaardigden buitengewone omstandigheden dat een ander de vordering instelde dan de schuldeiser. Denk bijvoorbeeld aan het geval van een onder de macht van zijn vader staande zoon, die in Rome studeerde. De zoon was voor het instellen van een actie afhankelijk van zijn vader, die zich in de provincie bevond. De zoon had zelf geen vermogen en beschikte dientengevolge niet over enige actie.⁷²⁷ Vorderingen die toekwamen aan een *pater familias*, konden echter in bepaalde omstandigheden door een *filius familias* worden ingesteld door middel van *actiones utiles*. De zoon kreeg de actie van de vader *utilis*. De omstandigheden moesten zodanig zijn dat de vader zelf niet in staat was om op dat moment op de juiste plaats een actie in te stellen tegen de schuldenaar. Ulpianus bekommerde zich in het volgende fragment onder meer om de zonen, die voor studie in Rome verbleven, terwijl hun vaders in de provincie achter waren gebleven:

D. 5,1,18,1

Ulpianus, libro vicensimo tertio ad edictum. Si filius familias ex aliqua noxa, ex qua patri actio competit, velit experiri, ita demum permittimus ei agere, si non sit qui patris nomine agat. Nam et Iuliano placet, si filius familias legationis vel studiorum gratia aberit et vel furtum vel damnum iniuria passus

Ulpianus, Het Edict XXIII. Indien een gezags-onderworpen zoon in rechte wil optreden op grond van enig delict waarvoor zijn vader een actie toekomt, staan wij hem pas dan toe te procederen, indien er niemand is die in naam van de vader procedeert. Ook Julianus is namelijk van mening dat een gezags-onderworpen zoon, indien hij wegens een missie of studie afwezig is en het slachtoffer is geworden van hetzij diefstal hetzij onrechtmatige zaaksbeschadiging,

⁷²⁷ Zie over de positie van de zoon bijvoorbeeld Kaser/Knütel & Lohsse 2017, p. 366 (§ 60, nr. 12). Enkel personen, die *sui iuris* waren, hadden een vermogen.

sit: posse eum utili iudicio agere, ne dum pater expectatur impunita sint maleficia, quia pater venturus non est vel dum venit, se subtrahit is qui noxam commisit. Unde ego semper probavi, ut, si res non ex maleficio veniat, sed ex contractu, debeat filius agere utili iudicio, forte depositum repetens vel mandati agens vel pecuniam quam credidit petens, si forte pater in provincia sit, ipse autem forte Romae vel studiorum causa vel alia iusta ex causa agat: ne, si ei non dederimus actionem, futurum sit, ut impune fraudem patiatur et egestate Romae laboret viaticulo suo non recepto, quod ad sumptum pater ei destinaverat. Et finge senatorem esse filium familias qui patrem habet in provincia, nonne augetur utilitas per dignitatem?

met een analoge actie kan procederen om te voorkomen dat in afwachting van de komst van zijn vader deze delicten ongestraft blijven, doordat zijn vader niet van plan is te komen of doordat, terwijl hij nog in aantocht is, degene die het delict begaan heeft, zich uit de voeten maakt. Vandaar dat ik altijd de opvatting heb gehuldigd dat indien een geschil niet uit een delict, maar uit een contract voorkomt – bijvoorbeeld als hij het in bewaring gegevene terugvordert, procedeert op grond van lastgeving, of geld opvordert dat hij heeft uitgeleend – de zoon moet kunnen procederen met een analoge actie, wanneer zijn vader bijvoorbeeld in de provincie is, maar hij zelf bijvoorbeeld in Rome verblijft vanwege studie of om een andere geldige reden. Het doel hiervan is te voorkomen dat het – ingeval wij hem geen actie verlenen – zal gebeuren dat hij ongestraft het slachtoffer wordt van bedrog en in Rome armoede lijdt, doordat hij de toelage niet ontvagen heeft die zijn vader hem ter besteding had toebedeeld. En veronderstel eens dat de gezagsonderworpen zoon, wiens vader zich in de provincie bevindt, senator is: wordt het belang ervan dan niet nog groter door de waardigheid van zijn positie?

9.4 Technieken die de praetor gebruikte bij het formuleren van *actiones utiles*

De toekenning van een *actio utilis* leidde er telkens toe dat het toepassingsbereik van de directe actie werd uitgebreid, doordat de directe actie in aangepaste vorm ter beschikking werd gesteld in een geval waarin een beroep op de directe actie was uitgesloten. Iemand die in de directe actie niet als eiser kon optreden, kreeg deze actie *utilis* of dat nu was omdat hij niet voldeed aan een voorwaarde die de directe actie bevatte of omdat de directe actie aan een ander toekwam. Het tegenovergestelde was eveneens mogelijk: iemand tegen wie met de bestaande actie niet kon worden geprocedeerd, kon met een *actio utilis* worden aangesproken naar het voorbeeld van de directe actie. Selb duidde deze mogelijkheden aan als uitbreiding van de *Aktiv und Passivlegitimation einer Grundklage*.

De praetor hanteerde verschillende technieken bij het opstellen van *actiones utiles*.

9.4.1 *Actiones ficticiae*

Eén van die technieken hield in dat de praetor een fictie gebruikte in de *formula* van een aangepaste actie. Verschillende *actiones utiles* staan dan ook bekend als *actiones ficticiae*.⁷²⁸ De fictie hield bijvoorbeeld in dat de rechter recht moest spreken alsof één van beide partijen Romeins burger was.⁷²⁹ Een ander voorbeeld was de fictie dat een verjaring was voltooid. De praetor gebruikte in de *actio Publiciana* de fictie dat de verjaring was voltooid, zodat de verjaringsbezitter de zaak kon opvorderen als ware hij eigenaar. De *actio Publiciana* was een *reivindicatio utilis*.⁷³⁰ De praetor riep de *actio Publiciana* in het leven om bepaalde verjaringsbezitters te hulp te schieten. Eén van deze verjaringsbezitters was hij die een *res Mancipi* had verkregen door *traditio*. In de loop van de tijd raakte de *Mancipatio* als wijze van overdracht in onbruik. Wettelijk gezien betekende het niet uitvoeren van de *Mancipatio* dat een overdracht van een *res Mancipi* niet was geslaagd. Een Romeins burger werd enkel verjaringsbezitter als hij een *res Mancipi* verkreeg door middel van *traditio*. Hij kon dientengevolge geen beroep doen op de revindicatie, indien hij vervolgens het bezit van de zaak verloor voordat de verjaringstermijn was voltooid. De praetor hielp deze verjaringsbezitter door hem naar het voorbeeld van de revindicatie een actie te geven waarin werd gefingeerd dat de verjaringstermijn was verstreken. Gaius:

Gaius' *Instituten* 4,36

Item usucapio fingitur in ea actione quae Publiciana vocatur. Datur autem haec actio ei qui ex iusta causa traditam sibi rem nondum usucepit eamque amissa possessione petit. Nam quia non potest eam ex iure Quiritium suam esse intendere, fingitur rem usucepisse.

Verder wordt in de zogenaamde *actio Publiciana* de fictie van voltooide verjaring gesteld. Deze actie wordt verleend aan iemand die een zaak vordert waarvan hem op grond van een geldige reden het bezit verschaft is, dat hij echter weer verloren heeft, terwijl hij de zaak nog niet door verjaring verkregen had. Want aangezien hij niet als rechtsbewering kan stellen dat die zaak hem naar Quiritisch recht toebehoort, wordt de fictie gebruikt dat hij haar door verjaring verkregen heeft.

Nog een ander voorbeeld van een door de praetor gebruikte fictie, is de fictie dat iemand erfgenaam was. De bezitter van een boedel kon procederen dankzij de fictie dat hij erfgenaam was.

⁷²⁸ Zie over de *formulae ficticiae* bijvoorbeeld Riccobono 1928.

⁷²⁹ Zie voor de fictie dat één van beide partijen Romeins burger was Gaius' *Instituten* 4,37.

⁷³⁰ Zie bijvoorbeeld D. 44,7,35, Paulus, *Het Edict van de praetor* I. Dit fragment van Paulus bevatte de volgende zinsnede: '*item Publiciana, quae ad exemplum vindicationis datur.*' Vertaling: 'of met de Publiciana, die naar analogie van de eigendomsactie wordt verleend.' Zie voor de *formula* van de *actio Publiciana* Feenstra 1994, p. 304 (onder III). Zie over het karakter van de *actio Publiciana* bijvoorbeeld Riccobono 1928, p. 43 en verder.

Gaius' *Instituten* 4,34

Habemus adhuc alterius generis fictiones in quibusdam formulis, velut cum is, qui ex edicto bonorum possessionem petit, ficto se herede agit. Cum enim praetorio iure is, non legitimo, succedat in locum defuncti, non habet directas actiones et neque id, quod defuncti fuit potest intendere suum esse neque id, quod ei debebatur, potest intendere dari sibi oportere. Itaque ficto se herede intendit, velut hoc modo: IUDEX ESTO. SI AULUS AGERIUS, id est si ipse actor, LUCIO TITIO HERES ESSET, TUM SI EUM FUNDUM, DE QUO AGITUR, EX IURE QUIRITIIUM EIUS ESSE OPORTERET; et si certa debeatur pecunia, praeposita simili fictione heredis ita subicitur: TUM SI NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO SESTERTIUM X MILIA DARE OPORTERET.

In een aantal *formulae* hebben wij nog ficties van een andere soort, zo bijvoorbeeld wanneer iemand overeenkomstig de bepalingen van het edict het bezit van een boedel aangevraagd heeft: dan procedeert hij met de fictie dat hij erfgenaam is. Want omdat hij naar praetorisch recht, niet naar het *ius civile* in de plaats van de overledene treedt, heeft hij geen rechtstreekse acties tot zijn beschikking. Hij kan met betrekking tot datgene wat van de overledene geweest is, niet als rechtsbewering stellen dat het zijn eigendom is en evenmin dat hem gegeven behoort te worden wat aan eerstgenoemde verschuldigd is geweest. Daarom stelt hij met de fictie dat hij erfgenaam is bijvoorbeeld de volgende rechtsbewering: X ZIJ RECHTER. INDIEN AULUS AGERIUS – bedoeld wordt de eiser zelf – DE ERFGENAAM VAN LUCIUS TITIUS WARE, DAN ZOU, ALS HET PERCEEL GROND WAAROVER GEPROCEDEERD WORDT NAAR QUIRITISCH RECHT VAN DEZE BEHOORDE TE ZIJN; En voor het geval dat er een bepaalde geldsom verschuldigd is, komt een zelfde fictie van erfgenaamschap voorop en dan volgt: DAN ZOU, INDIEN ZOU BLIJKEN DAT NUMERIUS NEGIDIUS 10.000 SESTERTIËN AAN AULUS AGERIUS BEHOORT TE GEVEN.

In bepaalde gevallen wees de praetor het bezit van een vermogen toe aan een ander dan de rechthebbende.⁷³¹ Deze toewijzing geschiedde bij decreet.⁷³² De praetor wees het bezit van een boedel bijvoorbeeld toe aan de koper van een boedel. Zo werd het vermogen van een failliet verkocht aan de hoogste bieder. De koopprijs kwam ten goede aan de schuldeisers.⁷³³ De praetor maakte het mogelijk dat de koper de acties kon instellen die zich in de boedel bevonden door in de *formula* de fictie op te nemen dat de koper de erfgenaam was van de failliet. De rechtvaardiging van deze fictie lag in de toebedeling van het bezit van de boedel aan de koper door de praetor.

⁷³¹ Zie over de *missiones in possessionem* Kaser/Hackl 1996, p. 427 en verder (§ 65).

⁷³² Zie Kaser/Hackl 1996, p. 427 en verder (§ 65).

⁷³³ Zie hierover bijvoorbeeld Grevesmühl 2003, p. 21. Grevesmühl betoogde dat de *magister bonorum* de contant betaalde koopprijs verdeelde onder de boedelschuldeisers, die zich hadden aangemeld.

9.4.2 Verwisseling van personen

Gaius vermeldde tegelijkertijd een andere mogelijkheid:

Gaius' *Instituten* 4,35

Similiter et bonorum emptor ficto se herede agit. Sed interdum et alio modo agere solet. Nam ex persona eius cuius bona emerit, sumpta intentione convertit condemnationem in suam personam, id est ut quod illius esset vel illi dari oporteret, eo nomine adversarius huic condemnatur. Quae species actionis appellatur Rutiliana, quia a praetor Publius Rutilio, qui et bonorum venditionem introduxisse dicitur, comparata est. Superior autem species actionis, qua ficto se herede bonorum emptor agit, Serviana vocatur.

De opkoper van een boedel procedeert eveneens met de fictie dat hij erfgenaam is, maar soms procedeert hij ook wel op een andere manier. Dan ontleent hij de rechtsbewering aan de persoon van degene wiens boedel hij heeft opgekocht, maar stelt de veroordelingsclausule op zijn eigen naam. Dit houdt in, dat de wederpartij jegens hem veroordeeld moet worden uit hoofde van datgene wat aan die ander toebehoord heeft of aan die ander verschuldigd is geweest. Dit type actie wordt de 'Rutiliana' genoemd, omdat deze actie door de praetor Publius Rutilius, die naar men zegt ook de boedelverkoop heeft ingevoerd, is ontworpen. Het eerstgenoemde type actie, waarbij de opkoper van de boedel procedeert met de fictie dat hij erfgenaam is, heet de 'Serviana'.

De praetor breidde de kring van personen die gebruik kon maken van een actie namelijk niet alleen uit door een fictie in de *formula* op te nemen, maar ook door de veroordeling te laten plaatsvinden ten behoeve van een ander dan de persoon in de *intentio* van de *formula*.⁷³⁴ Deze techniek kwam, kort gezegd, neer op een verwisseling van personen. De *intentio* vermeldde de persoon die in de *actio directa* voorkwam, maar de *condemnatio* veroordeelde de gedaagde te betalen aan een andere persoon, namelijk degene in wiens belang de *actio utilis* was gegeven.⁷³⁵ Zoals uit het fragment van Gaius blijkt, gebruikte de praetor een

⁷³⁴ Zie voor uitleg van het begrip *intentio* hiervoor p. 18.

⁷³⁵ Zie Kaser 1984, p. 97. Zie voor voorbeelden van *actiones utiles* waarin de praetor deze techniek gebruikte bijvoorbeeld Selb 1982, p. 332. Selb behandelde onder meer de *actio utilis*, waarover Ulpianus sprak in een fragment ons bekend als D. 26,7,9pr.: '*Quotiens tutor pecuniam pupillarem faenori dat, stipulatio hoc ordine facienda est. Stipulari enim debet aut pupillus aut servus pupilli: quod si neque pupillus eius aetatis erit, ut stipulari possit, neque servum habeat, tunc ipse tutor quive in eius potestate erit, quo casu Iulianus saepissime scripsit utilem actionem pupillo dandam. Sed et si absens sit pupillus, oportere tutorem suo nomine stipulari nequaquam ambigendum est.*' Vertaling: 'Steeds als een voogd geld van zijn pupil tegen rente uitleent, dient overeenkomstig de volgende uitgangspunten een stipulatie afgelegd te worden: of de pupil of een slaaf van de pupil moet bij stipulatie bedingen; maar als de pupil niet de leeftijd heeft waarop hij bij stipulatie kan bedingen, en evenmin een slaaf heeft, dan moet de voogd zelf of iemand die onder zijn gezag staat het doen. In dit geval dient aan de pupil een analoge actie te worden verleend, zoals Julianus bij herhaling heeft geschreven. Maar ook als de pupil afwezig is, dient er op geen enkele manier aan getwijfeld te worden dat de voogd op eigen naam bij

dergelijke verwisseling van personen bijvoorbeeld in de *actio Rutiliana* om te bereiken dat de koper van een boedel acties kon instellen, die tot de boedel behoorden.⁷³⁶

Zoals ik eerder uitlegde, vond dezelfde verwisseling plaats als iemand in naam van een ander procedeerde, zoals in geval van een cessiemandaat.⁷³⁷ De *procurator in rem suam* kon de actie niet in zijn eigen naam instellen, omdat hij slechts vertegenwoordiger was. De *intentio* bevatte de naam van de schuldeiser, die het cessiemandaat had gegeven aan de *procurator in rem suam*. De *condemnatio* luidde zo dat gedaagde moest betalen aan de *procurator in rem suam*.⁷³⁸ Gaius schreef:

Gaius' Instituten 4,86

Qui autem alieno nomine agit, intentionem quidem ex persona domini sumit, condemnationem autem in suam personam convertit. Nam si uerbi gratia Lucius Titius pro Publio Mevio agit, ita formula concipitur: SI PARET NUMERIUM NEGIDIUM PUBLIO MEVIO SESTERTIUM X MILIA DARE OPORTERE, IUDEX NUMERIUM NEGIDIUM LUCIO TITIO SESTERTIUM X MILIA CONDEMNA, SI NON PARET, ABSOLVE. (...)

Wie op naam van een ander procedeert, ontleent de rechtsbewering aan de persoon van zijn principaal, maar stelt de veroordelingsclausule op zijn eigen naam. Als bijvoorbeeld Lucius Titius voor Publius Mevius een actie instelt, wordt de *formula* als volgt geredigeerd: INDIEN BLIJKT DAT NUMERIUS NEGIDIUS AAN PUBLIUS MEVIUS 10.000 SESTERTIËN BEHOORT TE GEVEN, VEROORDEELT GIJ DAN, RECHTER, NUMERIUS NEGIDIUS JEGENS LUCIUS TITIUS TOT 10.000 SESTERTIËN. INDIEN HET NIET BLIJKT, WIJS DAN DE EIS AF. (...)

De techniek die neerkwam op een verwisseling van personen leidde er niet alleen toe dat de praetor de veroordeling liet plaatsvinden ten behoeve van een ander dan degene, die in de *intentio* werd genoemd. Het Romeinse recht kende eveneens acties waar de verwisseling ertoe leidde dat een ander werd veroordeeld tot

stipulatie behoort te bedingen.' Ulpianus beschreef in dit fragment het geval waarin een voogd geld van zijn pupil beheerde. De mogelijkheid deed zich voor geld tegen rente uit te lenen. Idealiter was het de pupil, die de lening in de vorm van een stipulatie aanging, zodat hij zelf schuldeiser werd en dientengevolge zelf met de actie uit de stipulatie kon ageren. Indien de pupil echter te jong was of afwezig en geen slaaf had, die de stipulatie kon aangaan, dan kon de voogd in zijn eigen naam de lening aangaan in de vorm van een stipulatie. De pupil kreeg volgens Ulpianus en Julianus een analoge actie. Het ligt voor de hand dat de actie van de pupil de actie uit de stipulatie was in aangepaste vorm. Deze analoge actie bevatte waarschijnlijk in de *intentio* de naam van de voogd, omdat voor de particuliere rechter moest blijken dat de stipulatie tussen de voogd en de schuldenaar had plaatsgevonden. In de *condemnatio* moest daarentegen de naam van de pupil staan, omdat de analoge actie in het leven was geroepen om de pupil in staat te stellen zelf betaling af te dwingen van de schuldenaar. Zie Selb 1982, p. 340.

⁷³⁶ Zie Grevesmühl 2003, p. 22.

⁷³⁷ Zie hiervoor p. 71.

⁷³⁸ Zie over het begrip *intentio* en het begrip *condemnatio* hiervoor p. 18.

betalen dan de persoon, die als schuldenaar voorkwam in de *intentio*. Een ander aanspreken kon bijvoorbeeld met de *actio institoria* en de *actio exercitoria*.⁷³⁹ De *actio institoria* kon iemand, die zaken had gedaan met een bedrijfsleider, instellen tegen degene die de bedrijfsleider had aangesteld. De *actio exercitoria* maakte het mogelijk dat iemand, die een vordering had tegen een kapitein van een schip, procedeerde tegen diens reder. De *actio exercitoria* bood uitkomst als een kapitein niet in staat was een lening terug te betalen, omdat hij het geld voor zichzelf had gebruikt in plaats van voor het schip, zoals was afgesproken. De krediet-verstrekker kon met succes het geleende vorderen van de reder:

D. 14,1,1,9

Ulpianus, *libro vicensimo octavo ad edictum*. Unde quaerit Ofilius, si ad reficiendam navem mutuatus nummos in suos usus converterit, an in exercitorem detur actio. Et ait, si hac lege accepit quasi in navem impensurus, mox mutavit voluntatem, teneri exercitorem imputaturum sibi, cur talem praeposuerit: quod si ab initio consilium cepit fraudandi creditoris et hoc specialiter non expresserit, quod ad navis causam accipit, contra esse: quam distinctionem Pedius probat.

Ulpianus, *Het Edict XXVIII*. Vandaar de vraag van Ofilius: als de kapitein voor het herstel van zijn schip geld geleend heeft, maar dit voor persoonlijk gebruik heeft aangewend, wordt er dan een actie verleend tegen de reder? Hij zegt: als de kapitein het geld in ontvangst genomen heeft onder het beding dat hij het aan het schip zou besteden, maar kort daarop van gedachten veranderd is, is de reder aansprakelijk, omdat deze het zichzelf moet aanrekenen dat hij zo iemand heeft aangesteld. Maar indien de kapitein van het begin af van plan was de schuldeiser te bedriegen en niet uitdrukkelijk heeft gezegd dat hij het geld met het oog op het schip in ontvangst nam, geldt het tegenovergestelde. Met deze onderscheiding is Pedius het eens.

Het beding dat het geleende geld aan het schip zou worden besteed, was van belang, omdat de *actio exercitoria* was beperkt tot vorderingen die de kapitein deed ontstaan in de uitoefening van zijn taak.⁷⁴⁰ *Culpa in elegendo* rechtvaardigde het toekennen van de *actio exercitoria*: de reder moest het zichzelf aanrekenen dat hij zo iemand als kapitein had aangesteld.⁷⁴¹ De reder moest namelijk zorgvuldig te werk gaan bij het aanstellen van een kapitein, zodat iemand die een contract sloot met de kapitein niet voor verrassingen kwam te staan. Iemand die een contract sloot met de kapitein had immers niet steeds voldoende tijd om onderzoek te verrichten naar de kapitein. Ulpianus schreef over de edicts-bepaling betreffende de *actio exercitoria*:

⁷³⁹ Zie voor een uitleg van deze acties Gaius' *Instituten* 4,71. Zie verder over de *actio exercitoria* titel 14,1 in de *Digesten* en over de *actio institoria* titel 14,3. Zie over deze acties bijvoorbeeld Schlösser 2008, p. 11 en verder.

⁷⁴⁰ Zie D. 14,1,1,7.

⁷⁴¹ De term *culpa in elegendo* werd gebruikt, indien een verwijtbare fout was gemaakt bij het kiezen.

D. 14,1,1pr.

Ulpianus, *libro vicensimo octavo ad edictum*. Utilitatem huius edicti patere nemo est qui ignoret. Nam cum interdum ignari, cuius sint condicionis vel quales, cum magistris propter navigandi necessitatem contrahamus, aequum fuit eum, qui magistrum navi imposuit, teneri, ut tenetur, qui institorem tabernae vel negotio praeposuit, cum sit maior necessitas contrahendi cum magistro quam institore. Quippe res patitur, ut de condicione quis institoris dispiat et sic contrahat: in navis magistro non ita, nam interdum locus tempus non patitur plenius deliberandi consilium.

Ulpianus, *Het Edict XXVIII*. Dat het nut van de betreffende edicts-bepaling voor de hand ligt, daarvan is niemand onkundig. Omdat wij namelijk vanwege de noodzakelijkheid van scheepsverkeer soms met kapiteins contracten sluiten zonder van hun burgerlijke staat of kwaliteiten op de hoogte te zijn, was het billijk om degene die een kapitein het bevel over een schip heeft gegeven aansprakelijk te stellen, zoals ook degene aansprakelijk is die een bedrijfsleider de leiding heeft gegeven over een winkel of onderneming. Want de noodzaak om met een scheepskapitein een contract te sluiten is nog dringender dan in het geval van een bedrijfsleider. De omstandigheden laten immers toe dat men over de staat van de bedrijfsleider inlichtingen inwint en dan het contract sluit. Bij een scheepskapitein is dit niet zozeer het geval, want soms laten plaats en tijd niet toe dat men voor nader overleg te rade gaat.

Zowel de *actio institoria*, als de *actio exercitoria* staat bekend als actie met een toegevoegd karakter. Deze acties duidt men aan als *actiones adiecticiae qualitatis*, omdat deze acties geen nieuwe vordering in het leven riepen, maar het mogelijk maakten betaling van een bestaande vordering te verkrijgen van een ander dan degene die aansprakelijk was. Ze voegden op grond van de aanstelling in een bepaalde functie een aansprakelijke persoon toe, zoals tot uitdrukking komt in de benaming.⁷⁴² De eisende partij moest kiezen: hij kon ofwel de kapitein aanspreken met de directe actie, ofwel de reder met de *actio exercitoria*.⁷⁴³

Aansprakelijkheid van de reder of van degene die de bedrijfsleider had aangesteld, bereikten de Romeinen door de *formulae* van de directe acties zo aan te passen dat in de *condemnatio* veroordeling volgde van de reder of de baas van de bedrijfsleider. De *intentio* bevatte zowel de naam van de kapitein, als die van de reder in geval van een *actio exercitoria*. In de *intentio* moest namelijk niet alleen de vordering van de eiser tegen de kapitein staan, maar ook de verhouding van de kapitein tot de reder.⁷⁴⁴ De rechter moest toetsen of de reder de kapitein had aangesteld, net zoals hij moest toetsen of de kapitein handelde in de uitoefening van zijn taak. Deze laatste toets hoefde wellicht enkel plaats te vinden,

⁷⁴² Deze benaming was niet klassiek, zie Feenstra 1994, p. 256 (nr. 398). Volgens Feenstra komt de benaming *actiones adiecticiae qualitatis* van de Glossatoren. Het slot van D. 14,1,5,1 (een fragment van Paulus) benadrukt het toegevoegde karakter: '*hoc enim edicto non transfertur actio, sed adicitur*.' In vertaling luidt deze zin als volgt: 'Door dit edict wordt namelijk niet een actie overgedragen, maar wordt er een toegevoegd.'

⁷⁴³ Zie D. 14,1,1,24.

⁷⁴⁴ Zie Feenstra 1994, p. 258-259 (nr. 398) & Kaser/Hackl 1996, p. 341 (§ 49).

indien de reder bij de praetor in de *formula* het verweer liet opnemen dat de kapitein niet handelde in de uitoefening van zijn taak. Indien de eiser slaagde in de levering van het bewijs, dan was de rechter bevoegd de reder te veroordelen tot betaling. Kaser omschreef de *actiones adiecticiae qualitatis* dan ook als:

*‘bloße Umbildungen der regelmäßigen Klagen aus Schuldverträgen oder vertragsähnlichen Verhältnissen, die durch sog. Subjektumstellung auf der Passivseite modifiziert werden.’*⁷⁴⁵

Een consequentie van de werkwijze van de praetor was dat er niet één vaste *formula* bestond van de *actio exercitoria* en de *actio institoria*. De praetor nam de *formula* van de actie die de eiser zou hebben gehad tegen de kapitein of tegen de bedrijfsleider en paste deze aan in de hierboven voorgestelde zin, zodat veroordeling volgde van de reder of degene die de bedrijfsleider had aangesteld. De praetor paste bijvoorbeeld de actie uit de *stipulatio* aan, indien de eiser een actie op grond van een *stipulatio* toekwam. Betrof het echter een actie op grond van een koopovereenkomst, dan kreeg de eiser de *actio empti* in aangepaste vorm. Een andere werkwijze kan ik mij niet voorstellen, omdat de *formula* van de actie, die de eiser kreeg tegen de reder, dezelfde voorwaarden moest bevatten als de actie, die de eiser kon instellen tegen de kapitein of de bedrijfsleider. De voorwaarden voor het met succes instellen van een actie waren opgenomen in de *formula* van de desbetreffende actie, bijvoorbeeld de actie uit koop. De *formulae* van de *actio exercitoria* en de *actio institoria* moesten zijn gebaseerd op de acties, die de eiser zou hebben kunnen instellen tegen de kapitein of de bedrijfsleider teneinde ervoor te zorgen dat de actie tegen de reder of de baas van de bedrijfsleider dezelfde voorwaarden bevatte. De praetor nam de actie, die de eiser zou hebben kunnen instellen tegen – in geval van de *actio exercitoria* – de kapitein en paste deze aan, zodat niet de kapitein, maar de reder tot betaling werd veroordeeld. Het was niet nodig dat de praetor een geheel nieuwe actie in het leven riep. Hij hoefde enkel de bestaande actie aan te passen voor zover dat nodig was om veroordeling van de reder te bereiken.

Lenel was één van de eersten, die beweerde dat de praetor zo te werk ging.⁷⁴⁶ Hij reconstrueerde de *intentio* van de *actio institoria* door zich te verplaatsen in de praetor. Zijn reconstructie vond plaats na de behandeling van een Digestenfragment waarin de *institor* een slaaf was:

‘Er will den dominus aus den Geschäften des institor haftbar machen, so haftbar machen, wie der institor selbst haftbar ist oder sein würde, wenn er kein Sklave wäre. War es nicht das nächste und natürlichste, daß er an der aus diesen

⁷⁴⁵ Zie Kaser 1971 (RP I), p. 506 (§ 141).

⁷⁴⁶ Zie Lenel 2010 (onveranderde herdruk 1927), p. 263 (§ 101).

*Geschäften abfließenden Formel nur soviel änderte, als sein Zweck es erforderte, daß er, soweit irgend möglich, es vermied, aus den mit so überlegter Feinheit konstruierten Formelgebäuden, an deren Interpretation sich das gesamte Kontraktsrecht anlehnte, wesentliche Bausteine herauszunehmen? Wurde er nicht mit zwingender Notwendigkeit auf unser Schema hingedrängt, das den Judex unter Benutzung der für den betreffenden Fall gegebenen Formelworte anweist, zu untersuchen, was der institor schulde oder schulden würde, und darauf dann den dominus zu kondemnieren?*⁷⁴⁷

Lenel benadrukte de consistentie van het rechtssysteem. Een gevaar van het formuleren van één nieuwe specifieke *actio institoria* was dat elementen, die de praetor op zou nemen in deze specifieke actie uit de actie, die de eiser anders tegen de bedrijfsleider zou hebben gehad, anders zouden worden uitgelegd, indien het een *actio institoria* zou betreffen. Gebruik van hetzelfde begrip garandeerde geenszins dat dit begrip op dezelfde wijze zou worden geïnterpreteerd. De praetor ontkwam niet aan het overnemen van elementen uit de specifieke actie, die de eiser anders tegen de bedrijfsleider zou hebben gehad, omdat de actie tegen de baas van de bedrijfsleider materieelrechtelijk dezelfde voorwaarden moest bevatten. De actie mocht inhoudelijk niet veranderen, indien het een *actio institoria* betrof. Het enige dat veranderde, was de aangesproken persoon: de persoon waartegen werd geprocedeerd was niet de bedrijfsleider, maar zijn baas.

Lenel sloot zijn reconstructie af door een voorbeeld te geven waarin de *actio institoria* een aangepaste actie uit koop was. Het voorbeeld luidde als volgt.⁷⁴⁸

Quod Aulus Agerius de Lucio Titio, cum is a Numerio Negidio tabernae instructae praepositus esset, eius rei nomine decem pondo olei emit, qua de re agitur, quidquid ob eam rem Lucium Titium Aulo Augerio dare facere oportet ex fide bona, eius iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato si non paret absolvito.

Gezien het gestelde feit dat Aulus Agerius van Lucius Titius, die door Numerius Negidius als bedrijfsleider is aangesteld, tien pond olijfolie heeft gekocht, over welke zaak de procedure gaat, moet de rechter Numerius Negidius jegens Aulus Agerius veroordelen tot al datgene wat Lucius Titius deswege jegens Aulus Agerius op grond van de goede trouw behoort te geven of te doen; indien dit feit niet komt vast te staan, moet hij hem vrijspreken.

⁷⁴⁷ Zie Lenel 2010 (onveranderde herdruk 1927), p. 263 (§ 101).

⁷⁴⁸ Zie Lenel 2010 (onveranderde herdruk 1927), p. 263 (§ 101). De vertaling is deels gebaseerd op de vertaling van de *formula* van de *actio empti* van Feenstra, zie Feenstra 1994, p. 307 (bijlage bij hoofdstuk XX, nr. XI). Zo ook Mantovani 1999, p. 79-80. Mantovani gaf ook nog als voorbeeld de *formula* van de *condictio certae pecuniae institoria*. Hij schreef (zie Mantovani 1999, p. 80): ‘C. Aquilius iudex esto. Si paret L. Titium qui a N. Negidio tabernae instructae praepositus est eius rei nomine A. Agerio sestertium X milia dare oportere, qua de re agitur, C. Aquilius iudex N. Negidium A. Agerio sestertium X milia condemnato; si non paret absolvito.’

De *formula* van de *actio institoria ex empto* is grotendeels hetzelfde als die van de *actio empti*. De *formula* is enkel gewijzigd in de hierboven voorgestelde zin.⁷⁴⁹ Ulpianus sprak dan ook niet voor niets in het volgende fragment zonder meer over aansprakelijkheid op grond van de actie uit koop.⁷⁵⁰

D. 14,3,5,12

Ulpianus, *libro vicensimo octavo ad edictum*. Proinde si praeposui ad mercium distractionem, tenebor nomine eius ex empto actione: item si forte ad emendum eum praeposui, tenebor dumtaxat ex vendito (...).

Ulpianus, *Het Edict XXVIII*. Als ik hem⁷⁵¹ derhalve aangesteld heb om waren te verkopen, zal ik voor hem aansprakelijk zijn met de actie uit koop. Als ik hem bijvoorbeeld voor het doen van inkopen heb aangesteld, zal ik uitsluitend met de actie uit verkoop aansprakelijk gesteld kunnen worden (...).

De Romeinse juristen gebruikten de *actio institoria* en de *actio exercitoria* om het Romeinse recht verder te ontwikkelen. Ik geef twee voorbeelden.

Ten eerste leverde het een probleem op, indien de bedrijfsleider geen vrij man was, maar een slaaf, zoals regelmatig voorkwam.⁷⁵² Een slaaf was juridisch gezien geen persoon en dientengevolge was het onmogelijk overeenkomsten te sluiten met een slaaf. Zoals ik hierboven beschreef, was één van de technieken die de praetor gebruikte om een actie aan te passen het opnemen van een fictie in de *formula*. De fictie dat de slaaf een vrij man was, bracht uitkomst. De praetor instrueerde de rechter te oordelen alsof de slaaf een vrij man was op grond van het Quiritische recht, indien de bedrijfsleider een slaaf was.⁷⁵³ Het maakte volgens de juristen dan ook niet uit of de kapitein of bedrijfsleider een slaaf was.⁷⁵⁴ Het Romeinse recht gaf de eigenaar van een slaaf zelfs een *actio institoria utilis* tegen iemand die een onderslaaf van één van zijn slaven aan had gesteld als bedrijfsleider.⁷⁵⁵

Ten tweede kende het Romeinse recht geen vertegenwoordiging in die zin dat een tussenpersoon een overeenkomst kon sluiten, die de achterman bond

⁷⁴⁹ Zie voor de *formula* van de *actio empti* hiervoor p. 31.

⁷⁵⁰ Merkwaardig is dat Lenel niet naar dit fragment verwees.

⁷⁵¹ De ‘hem’ in dit fragment is de bedrijfsleider.

⁷⁵² Zie Lenel 2010 (onveranderde herdruk 1927), p. 262 (§ 101).

⁷⁵³ Zie Lenel 2010 (onveranderde herdruk 1927), p. 263 (§ 101).

⁷⁵⁴ Zie voor wat betreft de *actio institoria* D. 14,3,7,1 en voor wat betreft de *actio exercitoria* D. 14,1,1,4.

⁷⁵⁵ Zie D. 14,3,12pr. in samenhang met D. 13,4,11,8. Dit laatste fragment is afkomstig van Ulpianus. Ulpianus besprak het geval waarin iemand diensten inhuurde van de onderslaaf van een slaaf, die toebehoorde aan een ander. De onderslaaf werd aangesteld als bedrijfsleider. De eigenaar van de slaaf kocht vervolgens iets in het filiaal. In het *Corpus Iuris* plaatsten de compilatoren na het fragment van Ulpianus een fragment van Julianus, dat begon met de medeling dat de eigenaar een *actio institoria utilis* toekwam tegen degene die de onderslaaf als bedrijfsleider had aangesteld.

en niet de tussenpersoon. Papinianus gebruikte de *actio institoria* om een actie tegen de achterman te construeren in een aantal gevallen waarin geen sprake was van het aanstellen van een bedrijfsleider, maar van een vermogensbeheerder.⁷⁵⁶

D. 14,3,19pr.

Papinianus, libro tertio responsorum. In eum, qui mutuis accipiendis pecuniis procuratorem praeposuit, utilis ad exemplum institoriae dabitur actio: quod aequae faciendum erit et si procurator solvendo sit, qui stipulanti pecuniam promisit.

Papinianus, Adviezen III. Tegen degene die een vermogensbeheerder heeft aangesteld voor het opnemen van geldleningen, zal een analoge actie naar het model van de bedrijfsleidersactie verleend worden. Dit zal evenzeer moeten gebeuren, als een vermogensbeheerder die aan zijn schuldeiser bij stipulatie beloofd heeft het geld terug te betalen, solvent is.

Deze analoge actie vergrootte het aantal personen dat kon worden aangesproken voor rechtshandelingen, die waren verricht door een ander.⁷⁵⁷

Julianus en Papinianus spraken in beide gevallen over een actie analoog aan de *actio institoria*. Strikt genomen was de *actio institoria* zelf ook een analoge actie. Selb schreef:

*‘Gewiss war schon die actio institoria selbst eine generelle actio utilis in diesem Sinne, da eine Subjektumstellung, oft auch eine Fiktion ihr allgemeines Charakteristikum war, doch war das den Juristen wohl gar nicht mehr bewusst.’*⁷⁵⁸

9.4.3 Een voorbeeld: de formula van de actio utilis van de ‘cessionaris’

Niet steeds is het zonneklaar welke techniek de praetor gebruikte in welk geval. Zo is de precieze *formula* van de *actio utilis* van de ‘cessionaris’ ons niet overgeleverd. De *actio utilis* hielp de ‘cessionaris’ aan wie geen cessiemandaat was verleend of wiens cessiemandaat niet meer bestond.⁷⁵⁹ Verschillende antwoorden zijn door de tijd heen gegeven op de vraag hoe de *formula* van deze *actio utilis* eruit zag.

⁷⁵⁶ Zie hierover bijvoorbeeld Schlösser 2008, p. 109 en verder.

⁷⁵⁷ Zie Schlösser 2008, p. 110. Schlösser noemde de uitbreiding ‘für die damalige Zeit schon recht weitgehend.’

⁷⁵⁸ Zie Selb 1982, p. 337. Voor een variant met een fictie zag Selb bijvoorbeeld aanleiding in D. 14,3,11,8-14,3,12. Het fragment gaat over de huur van een onderslaaf van een slaaf. De onderslaaf was ingezet als *institor* en ging vervolgens koopovereenkomsten aan, onder andere met zijn meester. Selb gaat ervan uit dat de *actio institoria* de fictie bevatte dat de slaaf een vrij man was, ‘si liber esset’; zie Selb 1982, p. 336. Zie hiervoor nt. 755.

⁷⁵⁹ Zie § 3.5.3.

Zo meende Mühlenbruch dat de praetor gebruik maakte van de fictie dat een cessiemandaat was verleend.⁷⁶⁰ Mühlenbruch stelde dat de *actio utilis* voor het overige hetzelfde was als de actie, die de *procurator in rem suam* instelde. In de tijd van Windscheid was de leer van Mühlenbruch de heersende.⁷⁶¹

Windscheid toonde echter aan dat Mühlenbruch's theorie onjuist was.⁷⁶² Windscheid schreef in de eerste plaats dat er geen bewijs was voor een dergelijke fictie in de *formula*. Mühlenbruch beriep zich er volgens hem enkel op dat de *actiones utiles* in het algemeen gebaseerd waren op een fictie.⁷⁶³ Bovendien vond hij Mühlenbruch's theorie tegenstrijdig: Mühlenbruch gaf weliswaar aan dat de 'cessionaris' de *actio utilis* in eigen naam instelde, maar de fictie maakte dat hij slechts procedeerde als vertegenwoordiger. De *actio utilis* kon niet tegelijkertijd een actie zijn in naam van de 'cessionaris' en een actie, die de 'cessionaris'

⁷⁶⁰ Zie Mühlenbruch 1836, p. 152. De 'cessionaris' had volgens Mühlenbruch dan ook dezelfde positie als de *procurator in rem suam* met dien verstande dat hij niet beperkt werd door de grenzen van een mandaat. Mühlenbruch schreef (zie Mühlenbruch 1836, p. 181): 'Das mandatum actionum, wie die utilis actio, beide sind auf den nämlichen Zweck gerichtet und durch beide entsteht das nämliche Rechtsverhältniß. Mag der Cessionar directe oder mag er utiliter klagen, in beiden Fällen ist es das Klagerecht eines Andern, was er für sich geltend macht; hier wie dort steht sein Recht unter dem nämlichen Regeln, welche für alle abgeleitete Klagerechte gelten. Durch das mandatum actionum war hinreichend dafür gesorgt, daß das Forderungsrecht im wesentlichen unverändert übergehe; konnte nun die mit der Uebertragung verbundene Absicht vollkommen dadurch erreicht werden, daß der Cessionar als Bevollmächtigter namens des Mandanten, also direct, klagte, so bedurfte es keiner ergänzenden Fiction; wurde diese aber nöthig, und mußte dem Berechtigten eine utilis actio gegeben werden, so konnte dies nichts anders bedeuten, als: es soll angenommen werden, daß ein Klagerecht, gerade so wie es in der Person des ursprünglichen Gläubigers begründet ist, und ohne die Beschränkungen, die aus der Mandatsform entstehen, auf einen Andern übergegangen sei.'

⁷⁶¹ Zie Windscheid 1856, p. 128: 'Die heutige Auffassung der actio utilis wird vollständig durch diejenige Bestimmung des Wesens derselben beherrscht, welche Mühlenbruch in seinem bekannten Werke über die Cession gegeben hat. (...) Die utilis actio enthält nach Mühlenbruch eine Fiction des Mandats. Wie sehr diese Auffassung noch heutzutage die herrschende ist, dafür will ich nur ein Zeugnis anführen. (...)'

⁷⁶² Zie Windscheid 1856, p. 129. Windscheid meende dat: 'diese Mühlenbruch'sche Bestimmung des Verhältnisses der utilis zur mandata actio rein willkürlich ist und vollständig in der Luft hängt.'

⁷⁶³ Zie Windscheid 1856, p. 130: 'So auch in unserm Falle: die directa actio ist die Actio desjenigen, cui debetur, und der Cessionar kann nicht behaupten, sibi debere; aber der Prätor gibt ihm die Actio dennoch. Hier nun aber tritt Mühlenbruch auf und sagt: allerdings gibt er sie ihm, aber er gibt sie ihm als mandata, er gibt sie ihm als wenn sie ihm mandirt worden wäre, er gibt sie ihm auf Grund der Fiction eines Mandats. Und der Beweis? Mühlenbruch hat dafür keinen andern Beweis, als die Behauptung, daß den utiles actiones 'im Allgemeinen' eine Fiction zu Grunde liege, obgleich diese Fiction nicht immer in der Formel ausgedrückt werde.'

instelde alsof hij optrad in naam van de ‘cedent’.⁷⁶⁴ De actie was ofwel een eigen actie van de ‘cessionaris’, ofwel een vreemde actie:

‘Was für ein Begriff ist das, der Begriff einer Actio, welche eine fremde ist, und doch als eigene geltend gemacht wird? Er enthält einen nackten Widerspruch. Ich kann nicht ein fremdes Recht als fremdes haben, und doch als eigenes. Wenn ich es als fremdes habe, so habe ich es nicht als eigenes und wenn ich es als eigenes habe, so habe ich es nicht als fremdes. (...) Ich kann ein Recht als eigenes haben, dessen Inhalt derselbe ist, wie der Inhalt eines fremden Rechts; aber dasjenige, welches ich habe, ist nicht das fremde, sondern mein eigenes Recht. Offenbar sind es diese Verwechslungen, wodurch Mühlenbruch irre geführt worden ist. (...) Die actio utilis ist weder eine fremde Actio als fremde, noch eine fremde Actio als eigene; sie ist gar keine fremde Actio, sie ist schlechthin eine eigene Actio des Cessionars.’⁷⁶⁵

Volgens Windscheid zag Mühlenbruch niet dat de *actio utilis* een zelfstandige actie was, die hem een eigen vorderingsrecht gaf tegen de schuldenaar van de ‘gecedeerde’ vordering. Windscheid, die in zijn boek de *actio* van het Romeinse privaatrecht centraal stelde, schreef:

‘Denn wie kann der Cessionar eine eigene Actio haben, wenn er kein eigenes Recht hat? Wie kann das Recht bei dem Einen sein, und die Actio bei dem Andern? Für jeden, der dabei stehen bleibt, daß die Actio nichts sei, als eine Dienerin des Rechtes, erscheint das als eine Unmöglichkeit. Von dem Standpunkte, der in dieser ganzen Schrift vertreten worden ist, aber auch nur von diesem, löst sich alle Schwierigkeit. Die Actio bedarf keines Rechtes, auf welches sie sich stützt, sie trägt ihr Recht in sich selbst. Die Actio ist kein Ausfluß, sie ist der Ausdruck des Rechtes; dadurch eben, daß das römische Recht jemandem eine Actio gibt, spricht es ihm ein Recht zu. Actio ist gerichtlich verfolgbarer, d.h. rechtlich anerkannter, Anspruch. (...) Die actio utilis ist also ein eigenes Forderungsrecht des Cessionars.’⁷⁶⁶

Windscheid voegde hieraan toe dat de *actio* zelf een verbintenis in het leven riep.⁷⁶⁷ Inhoudelijk was de actie van de ‘cessionaris’ volgens Windscheid afhankelijk van de verbintenis tussen de ‘cedent’ en de schuldenaar van de ‘gecedeerde’ vordering:

⁷⁶⁴ Zie Windscheid 1856, p. 132: ‘Entweder ist die utilis actio auf die mandata actio durch eine Fiction nicht zurückzuführen, – dann fällt aller Grund weg, sie als fremde Actio anzusehen; oder sie ist darauf zurückzuführen, dann ist sie nicht bloß eine fremde Actio, sondern auch eine Actio im Namen eines Fremden. Der Cessionar kann nicht zugleich als Mandatar fingirt und nicht fingirt werden.’

⁷⁶⁵ Zie Windscheid 1856, p. 133.

⁷⁶⁶ Zie Windscheid 1856, p. 134.

⁷⁶⁷ Zie Windscheid 1856, p. 134.

‘Das wahre Verhältniß der Obligatio des Cedenten zur Actio des Cessionars ist das, daß sie deren Inhalt bestimmt, aber nicht deren juristischen Grund bildet. Sie bildet deren Grund insofern, als diese Actio nicht vorhanden sein würde, wenn die Obligatio nicht vorhanden wäre, insofern dann der Actio der Inhalt abgehen würde; aber sie bildet ihren Grund nicht insofern, daß die Actio vorhanden wäre, weil die Obligatio vorhanden ist. Der Cessionar klagt ein, was dem Cedenten verschuldet wird, aber er klagt es nicht ein, weil es ihm verschuldet wird. Er fordert, was er fordert, weil er es fordern kann, nicht weil jener es fordern kann.’⁷⁶⁸

Windscheid vergeleek de rechtsverhouding, die ontstond in geval van ‘cessie’ met de rechtsverhouding in geval van de acties met een toegevoegd karakter, de *actiones adiecticiae qualitatis*, zoals de *actio exercitoria* en de *actio institoria*, die ik hiervoor behandelde.⁷⁶⁹ Windscheid meende dat hij die aan te spreken was met een dergelijke actie:

‘haftet aus einer fremden Obligation; aber die Verpflichtung, welche gegen ihn geltend gemacht wird, ist nicht die des Fremden, sondern seine eigene. Sie ist weder eine fremde als fremde, noch ist sie eine fremde als eigene; sie ist schlechthin eine eigene, deren Inhalt nur durch den Inhalt der fremden Verpflichtung bestimmt wird.’⁷⁷⁰

Stel dat sprake was van een reder, die werd aangesproken door een klant van zijn kapitein. De reder was geen partij bij de overeenkomst tussen de kapitein en de klant. De klant kon de reder dan ook niet aanspreken met de directe actie uit de betreffende overeenkomst, bijvoorbeeld een overeenkomst van koop en verkoop. De reder kon enkel worden aangesproken in zijn hoedanigheid als reder met de *actio exercitoria*. De klant ageerde om die reden niet met de actie uit de overeenkomst die hij met de kapitein had gesloten, maar met de *actio exercitoria*, een actie naar het voorbeeld van de actie uit de betreffende overeenkomst.⁷⁷¹ Het ter beschikking staan van deze actie maakte dat de klant met succes kon ageren tegen de reder. De klant kon van de reder vorderen wat de kapitein hem schuldig was.

Windscheid’s betoog raakt de kern van de *actiones utiles*. In geval van ‘cessie’ was de ‘cessionaris’ enerzijds geen schuldeiser naar *ius civile*, anderzijds kon hij wél met succes ageren naar *ius honorarium*. De *actio utilis* die de praetor ter beschikking stelde, maakte dat hij de schuldenaar van de ‘gecedeerde’ vordering tot betaling kon dwingen. Hij was schuldeiser naar praetorisch recht. Het ter beschikking staan van een actie, bracht naar onze begrippen mee dat hem een recht toekwam: ‘*ubi actio, ibi ius*’.⁷⁷²

⁷⁶⁸ Zie Windscheid 1856, p. 134.

⁷⁶⁹ Zie p. 219.

⁷⁷⁰ Zie Windscheid 1856, p. 135.

⁷⁷¹ Zie § 9.4.2. In de *actio exercitoria* vond een verwisseling van personen plaats.

⁷⁷² Zie § 2.1.

Wat betreft de *formula* meende Windscheid dat een andere fictie meer voor de hand lag. Windscheid dacht aan de fictie dat de ‘cessionaris’ werkelijk schuldeiser was.⁷⁷³ Windscheid vergeleek de wijze waarop de ‘cessionaris’ procedeerde met gevallen waarin de praetor een niet-erfgenaam behandelde alsof hij erfgenaam was door middel van het ter beschikking stellen van een *actio utilis*:

*‘Wenn er einmal fingiren soll, so liegt eine andere Fiction unendlich viel näher. Das ist die Fiction, daß der Cessionar wirklicher Gläubiger sei. Von dem Erben, der gezwungenerweise die Erbschaft ausgeschlagen hat, heißt es in den Quellen, daß der Prätor ihm die Erbschaftsklagen als utiles ‘quasi heredi’ gebe, ebenso von dem Universal-fideikommissar. Diese Ausdruck kann möglicherweise auf eine ficticia formula hinweisen; nothwendig ist die Annahme nicht, daß er es thue. Thut er es nicht, so will er auch nicht sagen, daß der Prätor fingire, der Ausschlagende sei Erbe, sondern daß er ihn als Erben behandle, obgleich er es nicht sei. Will man aber nichtsdestoweniger eine Fiction annehmen, so kann ihr Inhalt kein anderer sein, als daß der Ausschlagende Erbe sei. Von dem Cessionar heißt es, daß ihm eine utilis actio ‘exemplo creditoris’ gegeben werde. Soll hier eine Fiction stattfinden, so kann sie nur darauf gehen, daß der Cessionar creditor sei.’*⁷⁷⁴

‘*Exemplo creditoris*’ verwees naar C. 4,39,8, waarin Diocletianus en Maximianus bepaalden dat de koper van een vordering een actie kreeg naar het voorbeeld van de schuldeiser om een pand dat was gevestigd ter verzekering van de gekochte vordering op te eisen.⁷⁷⁵

Ook Zwolve maakte de vergelijking met het geval waarin de praetor de eiser behandelde alsof hij erfgenaam was. Zwolve betoogde dat de *actio utilis* van de ‘cessionaris’ de fictie bevatte dat hij erfgenaam was.⁷⁷⁶ Een zelfstandige *actio utilis* kwam op grond van het *senatusconsultum Trebellianum* voor het eerst toe aan een begunstigde, die een nalatenschap kreeg overgedragen op grond van een *fideicommiss*.⁷⁷⁷ Zwolve meende dat het voor de hand lag dat de praetor deze actie vormgaf naar het voorbeeld van de actie die toekwam aan een *bonorum emptor*, de opkoper van een boedel. Gaius schreef dat vóór het *senatusconsultum Trebellianum* werd gefingeerd dat degene, die op grond van een *fideicommiss* een nalatenschap uitgekeerd moest krijgen, de nalatenschap had gekocht.⁷⁷⁸ Destijds procedeerde de begunstigde als vertegenwoordiger van de erfgenaam. Het *senatusconsultum* maakte deze schijnkoop echter overbodig, want het kende de begunstigde een zelfstandige *actio utilis* toe om de vorderingen in de nalatenschap te innen. De praetor gaf aan en tegen de begunstigde *actiones utiles* ‘als ware het

⁷⁷³ Zie Windscheid 1856, p. 131.

⁷⁷⁴ Zie Windscheid 1856, p. 131. Zie voor de tekst van deze constitutie p. 237.

⁷⁷⁵ Zie Windscheid 1856, p. 131. Zie voor de tekst van C. 4,39,8 p. 237.

⁷⁷⁶ Zie Zwolve 2010, p. 304 en verder.

⁷⁷⁷ Zie § 3.5.3.

⁷⁷⁸ Zie Gaius’ *Instituten* 2,252.

aan en tegen de erfgenaam', zo blijkt uit Gaius' *Instituten* 2,253.⁷⁷⁹ Zwolve betoogde dat de *actio utilis* waarmee de begunstigde de vorderingen kon innen, overeenkwam met de *actio Serviana* waarmee de *bonorum emptor* vorderingen uit de boedel kon innen.⁷⁸⁰ De *actio Serviana* – niet te verwarren met de *actio Serviana*, waarmee een pandhouder een lichamelijke zaak opeiste – was een actie waarin de fictie werd gebruikt dat de opkoper erfgenaam was.⁷⁸¹

Zwolve wees, ter onderbouwing van zijn stelling dat de *actio utilis* die de 'cessionaris' toekwam de fictie bevatte dat de 'cessionaris' erfgenaam was, op het geval dat de 'cedent' overleed voordat de 'cessionaris' een actie had ingesteld tegen de schuldenaar van de 'gecedeerde' vordering op grond van een verleend cessiemandaat. Het mandaat ging teniet door de dood van de 'cedent'. Het probleem dat zo ontstond, werd volgens Zwolve opgelost door de 'cessionaris' een *actio utilis* toe te kennen met de fictie dat de 'cessionaris' de erfgenaam was:

*'Die Formel dieser actio utilis muss fast zwangsläufig die Fiktion, der Kläger sei als der Erbe des Mandanten zu betrachten, enthalten haben. Für die Annahme, der Zessionar sei als fingierter Erbe des Zedenten mit seiner actio utilis gegen den Schuldner vorgegangen, spricht auch, dass allein dadurch fingiert werden konnte, dass der Zessionar als der tatsächliche Gläubiger des Schuldners zu betrachten sei, denn der Erbgang war, um es klar auszudrücken, der einzige Fall in dem das römische Recht einen Subjektswechsel in der Obligation ohne Novation zuließ. Die Fiktion machte also den Zessionar zum tatsächlichen Gläubiger des Schuldners. Genau das kommt zum Ausdruck in den Worten suo nomine agere: Der Kläger geht nicht als Vertreter des Gläubigers, sondern als Gläubiger gegen den beklagten Schuldner vor.'*⁷⁸²

Zwolve achtte de fictie noodzakelijk, omdat erfopvolging en schuldvernieuwing de enige manieren waren om in het Romeinse recht te bereiken dat een ander in de plaats van de schuldeiser kwam. De fictie maakte de 'cessionaris' volgens hem daadwerkelijk schuldeiser. Schuldeiser naar *ius civile* werd de 'cessionaris' naar mijn mening echter geen moment. De 'cessionaris' werd enkel schuldeiser naar praetorisch recht. Hij beschikte niet over de directe actie van de 'cedent', alleen over een *actio utilis*. Gaius schreef niet voor niets over de *formulae* waarin de fictie werd gebruikt dat de eiser erfgenaam was, en dat de eiser naar praetorisch recht, niet naar het *ius civile* in de plaats van de overledene trad.⁷⁸³

⁷⁷⁹ Zie voor dit fragment p. 73. Het fragment eindigt met de zinsnede: *'praetor enim utiles actiones ei et in eum qui recepit hereditatem quasi heredi et in heredem dare coepit, eaeque in edicto proponuntur.'* Vertaling: 'De praetor is immers aan en tegen degene die een nalatenschap heeft ontvangen analoge acties gaan verlenen als ware het aan en tegen de erfgenaam. Deze acties worden in het edict bekend gemaakt.'

⁷⁸⁰ Zie Zwolve 2010, p. 305.

⁷⁸¹ Zie Gaius' *Instituten* 4,35. Zie voor de tekst van dit fragment hiervoor p. 217.

⁷⁸² Zie Zwolve 2010, p. 306.

⁷⁸³ Zie Gaius' *Instituten* 4,34. Zie voor de tekst van dit fragment hiervoor p. 216.

Kaser betoogde bovendien dat de ‘cessionaris’ op grond van de *formula* in ieder geval moest bewijzen dat hij gerechtigd was tot de actie, omdat hij de vordering bijvoorbeeld had gekocht.⁷⁸⁴ Een fictie die maakte dat de ‘cessionaris’ werd behandeld als ware hij erfgenaam maakte dat de ‘cessionaris’ op grond van de *formula* bij de particuliere rechter niet hoefde te bewijzen dat hij de vordering had gekocht. De taakverdeling tussen de praetor, die bepaalde of partijen werden toegelaten tot de rechter, en de rechter, die uiteindelijk vonnis wees, was namelijk zo dat *in iure*, bij de praetor, uitgebreide bewijsvoering niet aan de orde was.⁷⁸⁵ *In iure* ging het om de vraag of de praetor partijen een actie gaf. Als de praetor partijen toeliet tot een procedure bij de particuliere rechter, dan stelde hij met partijen *in iure* de *formula* op, die als instructie voor de rechter diende. Bewijsvoering vond op grond van de *formula* plaats bij de particuliere rechter. Metzger beschreef de fase *in iure* als volgt:

‘Generally speaking, this stage was devoted to isolating the issues for trial. (...) this stage had a modest goal – to produce the trial agenda – and the law of procedure developed to assist the magistrate in that goal.’⁷⁸⁶

De fase voor de rechter had daarentegen een ander doel. Partijen kregen de gelegenheid hun standpunten te bewijzen, waarna de rechter vonnis wees.⁷⁸⁷

Deze taakverdeling is bijvoorbeeld zichtbaar in een procedure ingesteld door een *procurator in rem suam*. De *procurator in rem suam* procedeerde op grond van een *formula* waarin een verwisseling van personen plaatsvond in die zin dat de *intentio* uitging van de ‘cedent’ en de *condemnatio* de rechter opdroeg gedaagde te veroordelen ten gunste van de *procurator in rem suam*.⁷⁸⁸ In geval van twijfel kon de gedaagde die zeker wilde weten of de eiser bevoegd was als procesvertegenwoordiger op te treden, de *exceptio procuratoria* of de *exceptio cognitoria* opwerpen.⁷⁸⁹ De vertegenwoordiger verloor het proces als hij niet kon bewijzen dat hij een volmacht had.⁷⁹⁰ Bovendien moest de vertegenwoordiger

⁷⁸⁴ Zie Kaser 1969, p. 178-179 (= Kaser 1970, p. 402-403).

⁷⁸⁵ Zie over de indeling in twee fasen van een procedure hiervoor p. 17.

⁷⁸⁶ Zie Metzger 2013, p. 8.

⁷⁸⁷ Zie Metzger 2013, p. 8. Metzger: ‘This was the stage at which witnesses and evidence were presented and a judgment given.’

⁷⁸⁸ Zie over *formulae* waarin een verwisseling van personen plaatsvond hierna § 9.4.2. Zie voor een voorbeeld van een *formula* op grond waarvan een *procurator* ageerde Gaius’ *Instituten* 4,86. Zie hiervoor p. 71.

⁷⁸⁹ Zie over deze excepties Bülow 1868, p. 29 en verder.

⁷⁹⁰ Daarnaast was het denkbaar dat de procesvertegenwoordiger weliswaar een volmacht had, maar dat zijn achterman niet bekwaam bleek te zijn geweest om een dergelijke volmacht te geven, zie hierover Bülow 1868, p. 31 en p. 39 en verder. In geval van de *exceptio cognitoria* richtte het verweer zich telkens op de bekwaamheid van de achterman, zie Bülow 1868, p. 38.

voor aanvang van de procedure de gedaagde zekerheid geven dat zijn principaal achter hem stond en niet zelf een procedure zou beginnen over hetzelfde.⁷⁹¹ Het geven van zekerheid gebeurde door middel van de *cautio rem ratam dominum habiturum*, ook wel genoemd de *cautio de rato*.⁷⁹² De exceptie en de zekerheidsstelling samen beschermden de gedaagde.⁷⁹³ De praetor weigerde een actie, indien

⁷⁹¹ Zie over het geven van zekerheid in geval van een procedure door een vertegenwoordiger bijvoorbeeld D. 3,3,33,3, Ulpianus, *Het Edict IX*: ‘*Ait praetor: “Cuius nomine quis actionem dari sibi postulabit, is eum viri boni arbitrato defendat: et ei quo nomine aget id ratum habere eum ad quem ea res pertinet, boni viri arbitrato satisdet”*.’ Vertaling: ‘De praetor zegt: “Degene op wiens naam iemand anders eist dat hem een actie wordt verleend, moet die ander verdedigen conform het oordeel van een verstandig man; en hij moet jegens degene tegen wie hij op andermans naam procedeert conform het oordeel van een verstandig man zekerheid stellen dat de persoon die deze zaak aangaat zijn handelen goedkeurt”.’ Zie ook D. 46,8,23, Julianus, *Uit Minicius V*: ‘*Procurator cum peteret pecuniam, satisdedit amplius non peti: post iudicium acceptum extitit, qui et ipse procuratorio nomine eandem pecuniam peteret: quaesitum est, cum is, qui postea peteret, procurator non esset et propter hoc exceptionibus procuratoriis excludi posset, num fideiussores prioris procuratoris tenerentur. Iulianus respondit: verius est non obligari fideiussores: nam in stipulatione cavetur non petiturum eum, cuius de ea re actio petitio persecutio sit, et ratum habituros omnes, ad quos ea res pertinebit: hic autem, qui procurator non est, nec actionem nec petitionem habere intellegendus est.*’ Vertaling: ‘Een procesvertegenwoordiger heeft geld geëist en onder borgstelling zekerheid gegeven dat er niet meer geëist zou worden. Nadat het proces aanhangig was gemaakt, kwam er iemand opdagen, die zelf ook onder de naam van vertegenwoordiger datzelfde geld opeiste. Aangezien deze tweede eiser niet vertegenwoordiger was en derhalve met de excepties inzake vertegenwoordiging kon worden uitgeschakeld, rees de vraag of niet de borgen van de eerste vertegenwoordiger aansprakelijk waren. Julianus gaf ten antwoord: de meest juiste opvatting is dat de borgen niet gebonden zijn, want in de stipulatie wordt gegarandeerd dat degene die in deze zaak een actie, vordering of eis heeft geen actie zal instellen, en dat allen die deze zaak aangaat haar zullen bekrachtigen; maar deze persoon, die geen vertegenwoordiger is, moet niet worden geacht een actie of vordering te hebben.’ Zie ook D. 39,2,39,3, Pomponius, *Op Sabinus XXI*: ‘*Alieno nomine stipulari ita licet, ut quod damnum domino datum sit, comprehendatur: cavere autem debet is qui stipulabitur dominum ratam rem habiturum exceptioque procuratoria stipulationi inserenda erit, sicut in stipulatione legatorum (...).*’ Vertaling: ‘Op naam van een ander kan men zodanig stipuleren dat daaronder alle schade valt die de eigenaar is toegebracht. Degene die stipuleert, zal dan echter de garantie moeten geven dat de eigenaar de zaak zal bekrachtigen en in de stipulatie zal een voorbehoudsclausule inzake de vertegenwoordiging opgenomen moeten worden, net zoals bij de stipulatie ter veiligstelling van de legaten (...).’ Zie Kaser/Hackl 1996, p. 214-215 (§ 29).

⁷⁹² Zie over deze *cautio* Kaser/Hackl 1996, p. 280 (§ 39): ‘*Die Kaution enthält drei Klauseln, in denen der Übernehmer dafür einzustehen verspricht, daß der Berechtigte in dieser Sache nicht nochmals klagen werde (...), daß der Vertretene und seine Rechtsnachfolger die Prozeßführung genehmigen werden (...), schließlich die Abwesenheit jeglichen dolus malus.*’

⁷⁹³ Julianus schreef over een geval waarin deze maatregelen niet nodig waren, omdat geen sprake was van procesvertegenwoordiging (zie D. 39,1,6, Julianus, *Digesten XLI*): ‘*Et ideo neque exceptiones procuratoriae opponi ei debent nec satisdare cogendus est ratam rem dominum habiturum.*’ Vertaling: ‘En daarom moeten niet de excepties inzake procesvertegenwoordiging hem tegengeworpen worden en moet hij niet gedwongen worden

degene, die zich voordeed als vertegenwoordiger, weigerde de *cautio* te stellen, of indien het zonneklaar was dat een volmacht ontbrak.⁷⁹⁴ Zwolve:

‘Verder dan het bewerkstelligen ener *cautio r.r.d.h.* [*cautio rem ratam dominum habiturum*, AJHS] gingen de bemoeienissen van de magistraat in beginsel niet. Met name verdiepte hij zich in principe niet in de stelling van de gedaagde dat door een onbevoegde *procurator* zou worden geprocedeerd; hij had er immers zorg voor gedragen dat de gedaagde, die hierdoor dreigde te worden benadeeld, zich met een actie uit de *cautio* kon verhalen op de valse *procurator*. De magistraat verwees daarom de beoordeling van het verweer in de regel naar de *iudex*, door middel van het opnemen ener *exceptio procuratoria* in de *formula*.’⁷⁹⁵

Twijfel over de volmacht uitte zich in de *formula*, zodat de bewijsvoering voor de rechter plaats zou vinden: op grond van de *exceptio procuratoria* moest de vertegenwoordiger bij de particuliere rechter bewijzen dat hij bevoegd was de actie in te stellen namens zijn principaal.

Indien geen sprake was van vertegenwoordiging en de ‘cessionaris’ enkel kon procederen op grond van de *actio utilis*, dan meen ik dat de praetor niet in alle gevallen zelf beoordeelde of de eiser ‘cessionaris’ was. Zelf beoordelen of de eiser de vordering, bijvoorbeeld, had gekocht, was in strijd met de hiervoor geschetste taakverdeling tussen de praetor en de rechter. Vanzelfsprekend weigerde de praetor de eiser een actie, indien zonder enig onderzoek vaststond dat hij geen recht had op een *actio utilis*. Als de feiten echter niet zonder meer helder waren, moest de bewijsvoering plaatsvinden bij de particuliere rechter. Alleen al om die reden was Kaser van mening dat de *formula* van de *actio utilis* niet uitging van een fictie.⁷⁹⁶ Naar aanleiding van theorieën die uitgingen van een *formula* met een fictie merkte hij op:

‘Indem die Fiktionen dem Zessionar das Klagerecht in die Hand geben wollen, das aus dem obligierenden Geschäft dem Zedenten zusteht, behandeln sie den Zessionsvorgang bereits als ausser Streit gestellt. Dem Richter wird nur aufgegeben zu prüfen, ob die Verbindlichkeit gegenüber dem Zedenten zu Recht besteht, und sodann den Beklagten zugunsten des klagenden Zessionars zu verurteilen. Damit wird jedoch unterstellt, dass die Aktivlegitimation des Zessionars vom Prätor selbst zu prüfen war; also die Gültigkeit des

zekerheid te verschaffen dat de principaal de zaak zal bekrachtigen.’ Het fragment voorafgaande aan dat van Julianus in het *Corpus Iuris Civilis* is een fragment van Ulpianus, waarin iemand enerzijds als procesvertegenwoordiger optrad, en anderzijds zelf werd gedaagd om te voorkomen dat hij geweld zou gebruiken tegen de eiser. In die laatste procedure verdedigde hij zichzelf en trad hij dientengevolge niet op als vertegenwoordiger.

⁷⁹⁴ Zie Kaser/Hackl 1996, p. 214 (§ 29) en zie Zwolve 1981, p. 55.

⁷⁹⁵ Zie Zwolve 1981, p. 55.

⁷⁹⁶ Zie Kaser 1969, p. 178-179 (= Kaser 1970, p. 402-403). Vóór een fictie pleitte bijvoorbeeld, naast Zwolve, Eisele 1906, p. 46 en verder.

*Zessionsvorgangs, der an die Wirksamkeit des Erbschafts Kauf, Forderungs Kauf usw. gebunden war. Es leuchtet ein, dass damit das Tätigkeitsfeld des Prätors, wie wir es aus seinem gesamten sonstigen Wirkungskreis kennen, beträchtlich überschritten würde.*⁷⁹⁷

Het probleem dat een fictie het bewijs uitsloot van feiten die van belang waren, speelde niet in de *actiones ficticiae*, die ik hiervoor behandelde.⁷⁹⁸

Zo wees ik bijvoorbeeld op een actie met een fictie, waarin de fictie inhield dat één van beide partijen Romeins burger was. Die fictie maakte het mogelijk te procederen naar Romeins recht. De fictie raakte niet het bewijs van feiten die inhoudelijk van belang waren voor het geval.

Een ander voorbeeld betrof de *actio Publiciana*, waarin de fictie werd opgenomen dat een begonnen verjaring was voltooid. De verjaringsbezitter kon de zaak opvorderen als ware hij eigenaar.⁷⁹⁹ De fictie stond niet in de weg aan bewijsvoering door de verjaringsbezitter: hij moest op grond van de *formula* bewijzen dat hij de zaak had gekocht en dat het bezit van de zaak hem was overgedragen.⁸⁰⁰ Enkel het tijdsverloop werd gefingeerd.

Ten slotte procedeerden boedelbezitters, zoals de *bonorum emptor*, met de fictie dat zij erfgenaam waren.⁸⁰¹ In dit geval maakte de fictie dat de *bonorum emptor* niet behoefde te bewijzen dat hij de opkoper van de boedel was. Een probleem was dit echter niet, omdat de boedel aan hem was toegewezen door de praetor bij decreet.⁸⁰² De praetor wees het bezit van een boedel toe aan de hoogste bieder en maakte het vervolgens mogelijk dat de koper de acties kon instellen, die zich in de boedel bevonden door in de *formulae* de fictie op te nemen dat de koper de erfgenaam was van de failliet. Het leveren van bewijs bij de particuliere rechter was niet nodig, omdat de praetor zelf de *bonorum emptor* had aangesteld en de acties dientengevolge enkel verleende aan de werkelijke *bonorum emptor*.

Hetzelfde gold voor de begunstigde, die op grond van een *fideicommiss* een erfenis overgedragen moest krijgen. Het *senatusconsultum Trebellianum* uit het jaar 56 of 57 n. Chr. werd uitgevaardigd nadat Claudius, die regeerde van 41 tot 54 n. Chr., de *praetores fideicommissarii* had ingesteld waar de begunstigde nakoming van het *fideicommiss* kon vorderen.⁸⁰³ Theophilus legde in zijn *Paraphrase* van de *Instituten* van Justinianus uit dat na de uitvaardiging van het

⁷⁹⁷ Zie Kaser 1969, p. 178 (= Kaser 1970, p. 402).

⁷⁹⁸ Zie § 9.4.1.

⁷⁹⁹ Zie hiervoor p. 215.

⁸⁰⁰ Zie voor de *formula* van de *actio Publiciana* bijvoorbeeld Feenstra 1994, p. 304 (bijlage bij hoofdstuk XX, onder III).

⁸⁰¹ Zie hiervoor p. 216.

⁸⁰² Zie Kaser/Hackl 1996, p. 427 en verder (§ 65).

⁸⁰³ Zie Gaius' *Instituten* 2,278. In Gaius' tijd restte er nog één *praetor fideicommissarius*. Zie over deze bijzondere praetoren hiervoor p. 176. Zie over het *senatusconsultum Trebellianum* hiervoor p. 73.

senatusconsultum Trebellianum de praetor de begunstigde *actiones utiles* gaf met de fictie dat hij erfgenaam was.⁸⁰⁴

Theophilus' Paraphrase van de Instituten van Justinianus 2,23,4 r. 10-14⁸⁰⁵

καὶ λοιπὸν ὁ PRAETOR ὑπουργῶν τῷ τοιοῦτῳ δόγματι UTILIAS ἀγωγάς, τουτέστι πλαστικάς, δέδωκε τῷ FIDEICOMMISSARIO καὶ κατὰ τοῦ FIDEICOMMISSARIU, ὡσανεὶ κληρονόμου αὐτοῦ ὑπάρχοντος, ἵνα κινῶν λέγῃ· «ὡσανεὶ ὑπάρχον κληρονόμος εἰ φαίνεται τόνδε χρῆναι δοῦναι.» ἰδοὺ ἐνταῦθα τάξιν ἐπέχει κληρονόμου.

And afterwards the praetor, carrying out the spirit of this decree, gave *utiles actiones*, that is, actions including a fiction, to the beneficiary and against the beneficiary, as if he were heir, so that in bringing proceedings he said: 'As if I were heir: if it appears that So-and-so ought to give.' And so he occupies the position of heir.

Theophilus herhaalde het fictieve karakter van de actie een aantal malen.⁸⁰⁶

Ik denk echter niet dat elke 'cessionaris' over een *actio utilis* kon beschikken met de fictie dat hij erfgenaam was. Als bijvoorbeeld sprake was van koop van een vordering, dan was de vordering niet door een praetor toegewezen aan de 'cessionaris'. De 'cessionaris' had de vordering gekocht van de 'cedent' of deze, bijvoorbeeld, in betaling ontvangen. De praetor was *qualitate qua* niet op de hoogte van de rechtsverhouding tussen de 'cessionaris' en de 'cedent', omdat hij hier buiten stond. De 'cessionaris' moest om die reden in de procedure bewijzen dat hij de vordering bijvoorbeeld had gekocht. De praetor moest de *formula* zo opstellen dat de 'cessionaris' gedwongen werd om bij de particuliere rechter zijn

⁸⁰⁴ Zie Lenel 2010 (onveranderde herdruk 1927), p. 184.

⁸⁰⁵ Tekst en vertaling zijn afkomstig uit: J.H.A. Lokin, R. Meijering, B.H. Stolte & N. van der Wal (eds.), *Theophili Antecessoris Paraphrasis Institutionum* (with a translation by A.F. Murison), Groningen: Chimaira 2010.

⁸⁰⁶ Het betreft in zijn *Paraphrase* 2,23,9 r. 13; 3,9,2 r. 9 en 4,12pr. rr. 9-20. In dit laatste fragment maakte Theophilus duidelijk dat de begunstigde enkel als erfgenaam werd gezien naar praetorisch recht, niet naar *ius civile*: 'εἰσὶ δὲ αἱ ἀγωγαὶ αὗται ἃς ἐπαγγέλλεται τῷ BONORUM POSSESSORI καὶ τοῖς λοιποῖς οἵτινες κληρονόμου τάξιν ἐπέχουσιν. οἶδας γὰρ ὅτι ὁ BONORUM νομοθεσίᾳ· ὅστις, ὡς εἰρήκαμεν ἐν τῇ τρίτῃ INSTITUTIONI, πλαστικῶς καὶ ἐνάγει καὶ ἐνάγεται. ἐπειδὴ οὖν αἱ τοῖς πολιτικοῖς διαδόχοις, τουτέστι τοῖς κληρονόμοις παρεχόμεναι ἀγωγαί, PERPETUAE εἰσὶν, ὁ δὲ BONORUM POSSESSOR καὶ πᾶς μιμούμενος κληρονόμον, ὁποῖός ἐστιν ὁ TREBELLIANIOS FIDEICOMMISSARIOS, ἐπειδὴ διὰ τῆς πλάσεως περιτιθέασιν ἑαυτοῖς τὸ τοῦ κληρονόμου ὄνομα, ἵνα διὰ πάντων ἢ πλάσις ἀληθῆς εὐρεθῇ, ἀναγκαῖον οὐκ ἐνόμισεν ὥσπερ τὰς τοῖς κληρονόμοις, οὕτω καὶ τὰς τοῖς BONORUM POSSESSORSIN ἀρμοζούσας ἀγωγὰς εἶναι PERPETUAS.' Vertaling, deels afkomstig van Murison: 'For, as you are aware, the bonorum possessor is a successor recognised by the Praetor, but unknown to the civil law, and one that, as we have said in the Third Institute sues and is sued by way of a fiction. Since, then, the actions given to civil successors – that is to say, heirs – are available for all time, while it is only by a fiction that the bonorum possessor and every one that is in a like position, such as a Trebellian beneficiary, take the name of heir, the Praetor, in order to turn the fiction in all respects into fact, considered it necessary that the actions open to the bonorum possessores should, like those open to heirs, be available for all time.'

positie te bewijzen, omdat voor uitgebreide bewijsvoering geen ruimte was bij de praetor zelf. De fictie dat de ‘cessionaris’ erfgenaam was, zou aan een dergelijke bewijsvoering in de weg hebben gestaan. De particuliere rechter mocht op grond van de *formula* de gedaagde enkel tot betaling veroordelen, als was gebleken dat de eiser de vordering bijvoorbeeld had gekocht en dientengevolge met recht de *actio utilis* instelde.⁸⁰⁷

Bovendien lag de fictie dat de ‘cessionaris’ erfgenaam was niet voor de hand in gevallen waarin de ‘cedent’ nog in leven was. De meerderheid der geleerden gaat er van uit dat de praetor de *actio Serviana* met de fictie dat de *bonorum emptor* erfgenaam was, verleende in geval de failliet was overleden en de *actio Rutiliana* in geval het de boedel van een levende failliet betrof.⁸⁰⁸ De *actio Rutiliana* ging uit van een verwisseling van personen.⁸⁰⁹

Rest de vraag hoe de praetor bewerkstelligde dat de eiser voor de particuliere rechter werd gedwongen bewijs te leveren van zijn positie. Zwalve merkte op, naar aanleiding van Kasers betoog dat de *formula* bewijs van de ‘cessie’ moest bevatten, dat de ‘cessie’ kon worden getoetst door een *exceptio* op te nemen in de *formula*.⁸¹⁰ Zwalve maakte een vergelijking met de gang van zaken, indien een *procurator in rem suam* procedeerde:

‘Im direkten Konflikt zwischen dem Zedenten, der stricto iure die actio directa noch immer erheben konnte, und dem Zessionar war Letzterer zu bevorzugen, weil der Prätor ihn (und nicht den Zedenten) vermittelt der Fiktion in der actio utilis, als den tatsächlichen Gläubiger des Schuldners betrachtete. Da die actio utilis dem

⁸⁰⁷ Vanzelfsprekend moest de eiser ook bewijzen dat de aan hem ‘gecedeerde’ vordering bestond.

⁸⁰⁸ Zie voor deze opvatting Lenel 2010 (onveranderde herdruk 1927), p. 432. Lenel schreef dat het de actie was voor het geval ‘*der Konkurs de bonis mortui stattgefunden hatte*.’ Zie verder Grevesmühl 2003, p. 23, noot 83 met meer verwijzingen aldaar: ‘*In die Literatur herrscht die Ansicht vor, daß der Vermögenskäufer mit der actio Rutiliana klage, wenn er das Vermögen eines Lebenden erworben habe, aber mit der actio Serviana, wenn es sich um einen Nachlaßkonkurs gehandelt habe*.’ Grevesmühl zelf zag echter geen reden om aan te nemen dat de *Serviana* werd gebruikt, indien de failliet was overleden, en de *Rutiliana*, indien de failliet in leven was.

⁸⁰⁹ Zie § 9.4.2.

⁸¹⁰ Zie Zwalve 2010, p. 305-306: ‘*Dagegen wieder hat Kaser behauptet, die Formel könne weder fiktizisch gewesen sein, noch eine Umstellung der Subjekte enthalten haben, weil beides den Zessionsvorgang als solchen außer Streit gestellt hätte und die Aktivlegitimation des Zessionars also vom Prätor zu prüfen gewesen wäre, was wohl zu einer Überschreitung seines Tätigkeitsfeldes geführt hätte. Die Formel hätte daher den Tatbestand, der der Zession zugrunde liegt, enthalten, damit dessen Gültigkeit vom iudex geprüft werden konnte. Sie könne deswegen auch als ein agere suo nomine verstanden werden, weil sie sich nicht auf ein Prozessieren als cognitor oder procurator stützte, sondern auf das mit dem individuellen Zessionsvorgang erworbene Recht. Der Ansicht Kasers kann aber entgegen gehalten werden, dass die Prüfung der Gültigkeit der Zession dem iudex leicht auch mittels der Aufnahme einer exceptio überlassen werden konnte.*’

*Zessionar unabhängig vom Mandat erteilt wurde, dürfte sich die cautio rem ratam dominum habiturum wohl erübrigt haben: Der Schuldner wurde eben nicht, wie beim Zessionsmandat, in re aliena verklagt. Wenn aber der Schuldner der Ansicht war, dem Kläger stünde kein Anspruch gegen ihn zu, etwa weil dem Kläger das Forderungsrecht tatsächlich nicht abgetreten worden war, dann handelte es sich dabei, wie bei der exceptio procuratoria um eine Einrede, mit der man sich des Näheren apud iudicem beschäftigen konnte, deren Prüfung aber nicht notwendigerweise zum Aufgabengebiet des Prätors gehörte. Der Zessionsvorgang wurde daher, falls der Beklagte darauf bestand, im Rahmen einer vom Beklagten der Formel hinzugefügten exceptio verhandelt.*⁸¹¹

Het zou mij ten zeerste verbazen, indien de praetor enerzijds – zoals Zwalve meende – in de *formula* de fictie opnam dat de ‘cessionaris’ erfgenaam was, terwijl hij anderzijds de schuldenaar de mogelijkheid bood om de ‘cessie’ in twijfel te trekken door het opnemen van een exceptie in de *formula*. De fictie zou hebben meegebracht dat de ‘cessionaris’ ageerde alsof hij erfgenaam was. Een erfgenaam hoefde niet te bewijzen dat de vordering hem was ‘gecedeerd’, omdat hij deze bijvoorbeeld had gekocht. Een dergelijke *formula* zou innerlijk tegenstrijdig zijn geweest.

Naar mijn mening maakte de praetor geen ruimte voor bewijs van de ‘cessie’ in de *formula* door het opnemen van een exceptie, zoals hij dat placht te doen, indien de gedaagde eiste dat de *procurator in rem suam* bewees dat hij was aangesteld als procesvertegenwoordiger. Voor een exceptie, zoals de *exceptio procuratoria*, was geen plaats in de *actio utilis*, omdat iemand die in eigen naam met een *actio utilis* ageerde niet als vertegenwoordiger procedeerde. De *actio utilis* was een zelfstandige actie, onafhankelijk van het bestaan van een volmacht.

De praetor zal bovendien niet enkel bij twijfel aan de zijde van de gedaagde een exceptie in de *formula* van de *actio utilis* hebben gevoegd. Deze *actio utilis* was een actie, die alleen in specifieke gevallen werd gegeven, bijvoorbeeld in geval van de koop van een nalatenschap of, later, de koop van een vordering. Om gebruik te kunnen maken van deze specifieke actie, moest een eiser bewijzen dat sprake was van een geval, waarin de *actio utilis* uitkomst bood. De praetor moest de rechter om die reden zo instrueren, dat de eiser telkens moest bewijzen dat hem de *actio utilis* toekwam. De *formula* van de *actio utilis* moest een dergelijke bewijsopdracht bevatten. De *formula* van de *actio utilis* verschilde in dat opzicht fundamenteel van de *formula* op grond waarvan een procesvertegenwoordiger procedeerde. Zoals ik uitlegde, hoefde een procesvertegenwoordiger enkel te bewijzen dat hij was aangesteld als vertegenwoordiger, indien de gedaagde een *exceptio* liet invoegen in de *formula*, omdat hij twijfelde aan de volmacht van de vertegenwoordiger.⁸¹² In geval van de *actio*

⁸¹¹ Zie Zwalve 2010, p. 306.

⁸¹² Zie hiervoor p. 230.

utilis moest de eiser niet alleen bij twijfel maar steeds bewijzen dat hij de vordering, bijvoorbeeld, had gekocht. De eiser moest dit bewijs dan ook niet leveren op grond van een *exceptio*, omdat dit een verweermiddel was dat de gedaagde kón opwerpen, maar dat de gedaagde niet noodzakelijkerwijs hoefde op te werpen. In geval van de *actio utilis* kon het niet van de gedaagde afhangen of dit bewijs moest worden geleverd.

Het betoog van Drechsler, dat niet van belang was voor de *formula* op welke grond cessie plaats had gevonden, kan ik dan ook niet volgen. Drechsler schreef:

*‘Völlig ohne Einfluß auf die Formel der actio utilis konnte das zwischen Zedent und Zessionar vorhandene Kausalgeschäft, welches dem Forderungsübergang zur Folge hat, bleiben (z.B. der Kauf der Forderung). Bei einem Streit darüber konnte dieses vom dem iudex dadurch seine Berücksichtigung finden, daß der Prätor der Formel eine diesbezügliche exceptio inserierte.’*⁸¹³

Drechsler betoogde dat de *formula* van de actie van de ‘cessionaris’ hetzelfde eruit zag als de *formula* waarmee een *procurator in rem suam* ageerde.⁸¹⁴

Ik meen dat de praetor de *actio utilis* vormgaf naar het voorbeeld van de actie van de ‘cedent’, zoals Diocletianus en Maximianus schreven wat betreft de *actio utilis* waarmee een koper van een vordering een pand dat was gevestigd ter verzekering van de gekochte vordering kon opeisen. De keizers schreven aan ene Vigilanus namelijk het volgende.

C. 4,39,8 [jaartal onbekend]

Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Vigilano. Ex nominis emptione dominium rerum obligatarum ad emptorem non transit, sed vel in rem suam procuratori facto vel utilis secundum ea, quae pridem constituta sunt, exemplo creditoris persecutio tribuitur.

De doorluchtige keizers Diocletianus en Maximianus en de mederegenten aan [Aurelius] Vigilanus. Uit hoofde van de koop van een vordering gaat de eigendom van de daartoe als pand verbonden zaken niet op de koper over, maar wordt hem, hetzij nadat hij als procesvertegenwoordiger ten behoeve van zijn eigen vermogen is aangewezen, hetzij conform bepalingen die vroeger al bij verordening zijn vastgelegd, naar het voorbeeld van de schuldeiser een actie resp. een aangepaste actie tot opvordering toegedeeld.

⁸¹³ Zie Drechsler 1914, p. 68-69.

⁸¹⁴ Zie Drechsler 1914, p. 69. Het betoog van Drechsler wat deze kwestie betreft, begint op p. 64: *‘Die Möglichkeit, daß die actio utilis ebenfalls eine Klage mit Subjektumstellung wie die des cognitor oder procurator in rem suam war, ist demnach nicht unwahrscheinlich. Diese Annahme läßt sich, wie im folgenden geschehen soll, sehr wohl mit dem Satz in Einklang bringen, daß der procurator in rem suam alieno nomine, der Zessionar jedoch suo nomine klage.’*

De praetor nam de *formula* van de actie, die de ‘cedent’ zou hebben gehad en paste deze aan. De aanpassing hield in dat de ‘cessionaris’ gedwongen werd om voor de rechter te bewijzen dat de actie hem was ‘gecedeerd’, bijvoorbeeld omdat hij deze had gekocht.

Kaser reconstrueerde de *formula* van de *actio utilis*, die toekwam aan een ‘cessionaris’. Hij nam als voorbeeld een geval waarin een vordering was verkocht, die te gelde kon worden gemaakt door het instellen van een *condictio certae pecuniae*.⁸¹⁵

Si paret Numerium Negidium Lucio Titio decem dare oportere eumque id quod Numerium Negidium sibi dare oportet Aulo Agerio vendidisse, iudex Numerium Negidium Aulo Agerio decem condemnato, si non paret absolvito.

Als blijkt dat Numerius Negidius aan Lucius Titius tien moet geven en dat wat Numerius Negidius hem moet geven aan Aulus Agerius is verkocht, dan moet de rechter Numerius Negidius tot tien veroordelen jegens Aulus Agerius, indien dit niet komt vast te staan, moet hij hem vrijspreken.

Kaser nam de reguliere *formula* van de *condictio certae pecuniae* en voegde aan deze *formula* een zinsnede toe, die de rechter opdroeg te onderzoeken of de vordering aan de eiser was verkocht, zoals de eiser in rechte had beweerd.⁸¹⁶ Kaser koos voor een formulering, die zag op de verkoop van de *res debita*, oftewel de verkoop van hetgeen was verschuldigd door de schuldenaar van de ‘gecedeerde’ vordering. Volgens Kaser moest de eiser bewijzen dat wat de gedaagde aan de ‘cedent’ moest geven aan de eiser was verkocht. Eiser had echter niet de *res debita* gekocht, maar de vordering.

Mij lijkt meer voor de hand liggen een *formula*, die eiser liet bewijzen dat hij de vordering had gekocht, die in de eerste zinsnede van de *formula* was geïdentificeerd. Deze extra bewijsopdracht samen met een verwisseling van personen vormde de kern van de *actio utilis*, zo lijkt mij. De praetor bewerkstelligde op deze manier dat de rechter de gedaagde veroordeelde te betalen aan de koper van de vordering, in plaats van aan de schuldeiser naar *ius civile*. De *formula* zou als volgt kunnen hebben geluid:

Si paret Numerium Negidium Lucio Titio decem dare oportere eumque id nomen debitoris Aulo Agerio vendidisse, iudex Numerium Negidium Aulo Agerio decem condemnato, si non paret absolvito.

Als blijkt dat Numerius Negidius aan Lucius Titius tien moet geven en dat hij deze vordering aan Aulus Agerius heeft verkocht, dan, moet de rechter Numerius Negidius tot tien veroordelen jegens Aulus Agerius, indien dit niet komt vast te staan, moet hij hem vrijspreken.

⁸¹⁵ Zie Kaser 1969, p. 179 (= Kaser 1970, p. 403).

⁸¹⁶ Kaser voegde aan de reguliere *formula* de zinsnede toe ‘eumque id quod Numerium Negidium sibi dare oportet Aulo Agerio vendidisse.’

9.5 *Pignus nominis: de formula van de actio utilis*

De mogelijkheid vorderingen te verpanden dankte het Romeinse recht aan de praetor die de pandhouder een rechtsmiddel gaf tegen de schuldenaar van de verpande vordering. De actie die de praetor de pandhouder gaf, was een *actio utilis*.

9.5.1 Elementen die de pandhouder moest bewijzen bij de rechter op grond van de *formula*

Teneinde te achterhalen hoe de *actio utilis* eruit zag, bespreek ik eerst wat de pandhouder moest bewijzen voordat de rechter het hem toestond de verpande vordering te innen. De rechter was gebonden aan de *formula* die door de praetor was opgesteld en was neergelegd in de procesovereenkomst van partijen. De praetor stelde de *formula* zo op dat bewijsvoering plaatsvond bij de particuliere rechter. De praetor onderzocht de vordering van de eiser slechts beperkt. Hij ontzegde de eiser de actie, indien ontegenzeggelijk vaststond dat de vordering ongegrond was, bijvoorbeeld omdat hem bekend was dat de eiser opzettelijk de feiten verkeerd weergaf.⁸¹⁷ Een ander voorbeeld waarin de praetor de eiser de actie weigerde, was als bleek dat één van de partijen niet onder de jurisdictie van de praetor viel.⁸¹⁸

Wat betreft de verpanding van een vordering zal de praetor het bewijs van een aantal elementen essentieel hebben geacht. Ten eerste zal de de pandhouder het bestaan van de verpande vordering hebben moeten bewijzen bij de rechter. De praetor formuleerde de actie van de pandhouder zo dat de actie die de pandhouder instelde tegen de schuldenaar van de verpande vordering inhoudelijk overeenkwam met de actie die de pandgever tegen de schuldenaar van de verpande vordering had. Zo kon de pandhouder enkel hetgeen vorderen dat de schuldenaar van de verpande vordering moest betalen aan de pandgever. Ten tweede moest de pandhouder bewijzen dat de vordering aan hem was verpand. Kaser schreef:

‘Wollte man das Element der Verpfändung als Voraussetzung der Kondemnation nicht in die Formel aufnehmen, dann hätte auch hier der Prätor in iure von Amtswegen das wirksame Pfandverhältnis nachprüfen und die Erteilung der actio utilis von dem Ergebnis dieser Prüfung abhängig machen müssen. Eine solche prätorische Untersuchung, die häufig nicht anders als beim Erbschafts- oder Forderungskauf eine genaue und umständliche Beweisprüfung forderte, wäre aber über die regelmässige Funktion des Prätors hinausgegangen.’⁸¹⁹

⁸¹⁷ Zie Kaser/Hackl 1996, p. 239 (§ 32).

⁸¹⁸ Zie Kaser/Hackl 1996, p. 242 en verder (§ 33).

⁸¹⁹ Zie Kaser 1969, p. 180 (= Kaser 1970, p. 403).

Ten derde moest de pandhouder een aantal aspecten bewijzen van de vordering ter verzekering waarvan de verpanding had plaatsgevonden. Deze vordering zal ik hierna kortweg aanduiden als de geseceureerde vordering. Om te beginnen moest de pandhouder het bestaan van de geseceureerde vordering bewijzen. De pandhouder mocht de verpande vordering enkel innen, indien de geseceureerde vordering niet was betaald of op andere wijze genoegdoening was gegeven.⁸²⁰ Het pandrecht was namelijk een zekerheidsrecht, dat afhankelijk was van het bestaan van de geseceureerde vordering.

Ook denk ik dat geen sprake mocht zijn van schuldeisersverzuim, net zoals in de *actio Serviana*. De *actio Serviana* was de actie die de pandhouder aan wie een lichamelijke zaak was verpand, instelde om het bezit van deze zaak op te eisen.⁸²¹ De *formula* van de *actio Serviana* bevatte een zinsnede, die meebracht dat het niet aan de pandhouder mocht hebben gelegen, dat de geseceureerde vordering niet was betaald.⁸²² Lenel leidde deze zinsnede met name af uit een constitutie waarin Diocletianus en Maximianus gewag maakten van het bestaan van deze zinsnede in de *formula*.⁸²³ De constitutie ging over een schuldenaar die probeerde geleend geld terug te betalen aan zijn schuldeiser. De schuldeiser weigerde echter ten onrechte het bedrag in ontvangst te nemen. De keizers schreven dat de Serviaanse actie duidelijk aangaf dat de opeising van een pandobject niet mogelijk was als óf de geleende geldsom was betaald óf het aan de schuldeiser had gelegen dat er niet was betaald. De praetor stelde in dit opzicht schuldeisersverzuim gelijk aan een betaling.

Vreemd was dit niet, want zodra sprake was van schuldeisersverzuim traden in het Romeinse recht allerlei mechanismen in werking om de schuldenaar te helpen.⁸²⁴ Een voorbeeld waarin de schuldenaar hulp kreeg indien de schuldeiser in verzuim verkeerde, was het geval van de wijnverkoper wiens wijn de koper

⁸²⁰ Zie bijvoorbeeld C. 8,16(17),4.

⁸²¹ Zie § 4.3.2.

⁸²² Zie voor de *formula* Lenel 2010 (onveranderde herdruk 1927), p. 494 (§ 267).

⁸²³ Zie C. 4,32,19,2. Lenel verwees – zie Lenel 2010 (onveranderde herdruk 1927), p. 494, § 267) – naar verschillende teksten voor het bestaan van de clause dat het geld niet was betaald, noch voor deze vordering voldoening was gegeven en dat het niet aan de eiser had gelegen dat er niet was betaald. Mij lijkt het sterkste bewijs C. 4,32,19,2. Het bestaan blijkt verder uit D. 20,4,11,4, een tekst van Ulpianus in de *Digesten*. In deze tekst ging het echter niet om het in verzuim zijn van de pandhouder jegens zijn schuldenaar die tevens pandgever was, maar om een situatie waarin een lichamelijke zaak meermalen was verpand of verhypothekend en de tweede of latere pand- of hypotheekhouder aan de eerste pand- of hypotheekhouder aanbood de vordering van deze eerste pand- of hypotheekhouder te voldoen, zodat hij opschoof in rang en kon executeren. Als de eerste pand- of hypotheekhouder het aanbod van de lager gerangschikte zekerheidsgerechtigde weigerde, lag het aan hem dat niet was betaald en kon hij dientengevolge niet langer met succes de *actio Serviana* instellen.

⁸²⁴ Zie over *mora creditoris* bijvoorbeeld Reetz 2015, p. 392 en verder.

ten onrechte niet aannam. De verkoper mocht de wijn laten weglopen, indien aan bepaalde voorwaarden was voldaan.⁸²⁵ De koper stond dan met lege handen. Gelet op de mechanismen die de Romeinse juristen hadden ontworpen om de schuldenaar te helpen in geval van schuldeisersverzuim zou het onvoorstelbaar zijn dat het een pandhouder, die in schuldeisersverzuim verkeerde, was toegestaan van zijn pandrecht gebruik te maken. De Romeinse juristen schoten niet aan de ene kant de schuldenaar te hulp, terwijl zij tegelijkertijd aan de andere kant toekeken hoe een in schuldeisersverzuim verkerende pandhouder gebruik maakte van zijn pandrecht. Een dergelijke houding zou willekeurig zijn geweest.

Volgens mij maakte het wat dit betreft niet uit of aan de pandhouder die in schuldeisersverzuim verkeerde een lichamelijke zaak of een vordering was verpand. Betrof het de verpanding van een vordering, dan was de pandgever ook gebaat bij de toets of sprake was van schuldeisersverzuim. De pandgever was namelijk zelf geen partij in deze procedure. De pandgever had diens gevolge niet de mogelijkheid een exceptie op te werpen waarin hij wees op het onbehoorlijke gedrag van de pandhouder die de verpande vordering inde, terwijl hijzelf in schuldeisersverzuim verkeerde.⁸²⁶

Verder was het de vraag of de gesecureerde vordering een geldvordering moest zijn. Kaser eiste dat de verpanding van een vordering plaatsvond ter verzekering van een vordering tot betaling van een geldbedrag.⁸²⁷ Ik vind deze eis niet voor de hand liggen, omdat ook de behoefte zal hebben bestaan aan een pandrecht ter verzekering van een vordering tot, bijvoorbeeld, het geven van een zaak. De schuldeiser kon het pandrecht executeren, als de zaak niet werd gegeven en stond diens gevolge niet met lege handen. Bovendien gaf de verpanding extra druk om te presteren. De schuldenaar die een pand had gegeven, wilde voorkomen

⁸²⁵ Zie bijvoorbeeld D. 18,6,1,3.

⁸²⁶ Hetzelfde probleem speelde bij andere verweren. De pandgever was geen partij bij de procedure, die ertoe kon leiden dat de pandhouder de verpande vordering inde. De pandgever kon diens gevolge niet voorkomen dat de pandhouder de vordering inde, indien dit in strijd was met de voorwaarden uit de pandovereenkomst. Als het de pandhouder lukte de verpande vordering ten onrechte te innen, dan kon de pandgever ageren tegen de pandhouder met de actie op grond van hun pandovereenkomst, de *actio pignoratitia*. De verpande vordering zelf kon de pandgever niet langer innen, omdat deze teniet was gegaan door de betaling aan de pandhouder.

⁸²⁷ Zie Kaser 1969, p. 182 (= Kaser 1970, p. 404). Kaser meende dat de volgende elementen essentieel waren: '*Erstens den Bestand der verpfändeten Forderung, die in der Formel beschrieben wird, und zweitens die Verpfändung für eine Geldforderung, die nicht erfüllt, für die keine anderweitige satisfactio geleistet und bei der der Kläger nicht in mora accipiendi ist.*' Let op dat het hier gaat om de vraag of de gesecureerde vordering een vordering tot de betaling van een geldbedrag moest zijn. Het antwoord op een andere vraag, namelijk de vraag of de te verpanden vordering een vordering moest zijn tot betaling van een geldbedrag, luidde ontkennend, aangezien uit de bronnen blijkt dat de pandhouder, aan wie een vordering tot het geven van een zaak was verpand, deze zaak '*pignoris loco*' hield na het innen van de verpande vordering. Zie daarover § 9.2.

dat de pandhouder het pand uitwon. De Romeinse juristen schreven bovendien zelf dat voor iedere willekeurige verbintenis zaken verpand konden worden.⁸²⁸ Een voorbeeld is Marcianus, die in zijn monografie over de hypotheekactie bij dit uitgangspunt een lange lijst met voorbeelden gaf van verbintenissen waarvoor een hypotheek kon worden gevestigd. Het begin van de lijst geef ik hier weer:

D. 20,1,5pr.

Marcianus, *libro singulari ad formulam hypothecariam*. Res hypothecae dari posse sciendum est pro quacumque obligatione, sive mutua pecunia datur sive dos, sive emptio vel venditio contrahatur vel etiam locatio conductio vel mandatum, et sive pura est obligatio vel in diem vel sub condicione (...).

Marcianus, *De hypotheekactie*. Men dient te weten dat voor iedere willekeurige verbintenis zaken in hypotheek gegeven kunnen worden, of er nu een geldlening of een bruidschat wordt verstrekt, of er nu een overeenkomst van koop en verkoop, van huur en verhuur dan wel van lastgeving wordt gesloten, of het nu om een zuivere verbintenis gaat of om een die op termijn of onder voorwaarde is aangegaan (...).

Ik vermoed dat Kaser zijn standpunt baseerde op de *formula* van de *actio Serviana*, omdat volgens Kaser de *actio utilis* van de pandhouder een actie was naar het voorbeeld van de *actio Serviana*, zoals ik hierna zal uitleggen. Ingevolge de *formula* van de *actio Serviana* moest de eiser namelijk aantonen dat de verpanding had plaatsgevonden vanwege een geldschuld. De *formula* luidde vermoedelijk zo, omdat in de meeste gevallen verpanding plaatsvond ter verzekering van een geldschuld. In het Romeinse recht bleef het echter niet bij verpanding ter verzekering van een geldschuld, zo blijkt bijvoorbeeld uit de tekst van Marcianus die ik zojuist aanhaalde. Marcianus was niet de enige die over de mogelijkheid sprak ter verzekering van een andere vordering dan een geldvordering een vermogensbestanddeel te verpanden. Ulpianus schreef bijvoorbeeld:

D. 13,7,9,1

Ulpianus, *libro vicensimo octavo ad edictum*. Non tantum autem ob pecuniam, sed et ob aliam causam pignus dari potest, veluti si quis pignus alicui dederit, ut pro se fideiubeat.

Ulpianus, *Het Edict XXVIII*. Niet alleen vanwege geld, maar ook om een andere reden kan een pand worden verstrekt, bijvoorbeeld als iemand aan een ander een pand verstrekt opdat deze persoon zich voor hem borg stelt.

De standaard *formula* van de *actio Serviana* luidde dan wel zo dat de verpanding moest hebben plaatsgevonden voor een geldschuld, maar gelet op deze teksten meen ik dat deze *formula* in aangepaste vorm werd gegeven aan degene die ter verzekering van een andersoortige vordering een pandrecht had gekregen. Een

⁸²⁸ Zie direct hierna in de hoofdttekst D. 20,1,5pr. en D. 13,7,9,1.

grote aanpassing was bovendien niet nodig. Het lijkt mij voldoende te zijn geweest, indien de praetor ‘*pecuniam debitam*’ verving door het meer algemenere ‘*debitum*’ en ‘*pecuniam solutam*’ verving door ‘*solutum*’. Mijns inziens had Dernburg gelijk toen hij schreef:

*‘Die Formel fordert, daß das Pfand propter pecuniam gegeben sei, da man an den gewöhnlichen Fall des Darlehens zunächst gedacht hatte. Die Jurisprudenz ging über die Formel hinaus und erkannte auch Pfandbestellungen für Forderungen anderer Art an.’*⁸²⁹

Kaser kon zijn standpunt ook niet baseren op de constitutie van keizer Alexander Severus, die zag op de verpanding van een vordering ter verzekering van een geldschuld.⁸³⁰ De gardesoldaat die de keizer om hulp vroeg, legde de keizer een geval voor waarin sprake was van verpanding ter verzekering van een geldschuld. Om die reden spreekt de constitutie van Alexander Severus over de hoogte van het bedrag van de verzekerde vordering zonder hierbij opmerkingen te maken over het andere denkbare geval, namelijk het geval waarin eerst de prestatie moest worden gewaardeerd.

9.5.2 Reconstructie van de *formula* van de *actio utilis*

De vraag is hoe de praetor deze elementen in een *formula* verwerkte. Een *actio utilis* was een actie, die naar het voorbeeld van een reeds bestaande actie was geformuleerd.⁸³¹ De praetor koos een bestaande actie en paste die aan. Kaser was van mening dat de *actio utilis* was geschapen naar het voorbeeld van de *actio Serviana*. Ik zal hierna betogen dat de praetor de *actio utilis* schiep analoog aan een andere actie en een poging doen de *formula* van de *actio utilis* te reconstrueren. Ook zal ik uitleggen waarom volgens mij de *actio utilis* een persoonlijke actie was.

9.5.2.1 Kasers theorie: de *actio utilis* als *actio Serviana utilis* met daarbij enige opmerkingen over het persoonlijke karakter van de *actio utilis*

Kaser betoogde dat de praetor de *actio Serviana* in aangepaste vorm gaf aan de pandhouder.⁸³² Zoals ik eerder uitlegde, was de *actio Serviana* de actie waarmee

⁸²⁹ Zie Dernburg 1860, p. 82. Dernburg verwees hierbij enkel naar de tekst van Ulpianus, niet naar die van Marcianus. De tekst van Marcianus lijkt mij een bijkomend argument ter ondersteuning van zijn standpunt.

⁸³⁰ Zie C. 8,16(17),4. Zie p. 7.

⁸³¹ Zie § 9.1.

⁸³² Zie Kaser 1969, p. 182 en verder (= Kaser 1970, p. 404 en verder). Kasers leer is in ons land overgenomen door Verhagen. Verhagen schrijft met een verwijzing naar Kaser: ‘*The*

degene, die een lichamelijke zaak in pand had gekregen het bezit van de verpande zaak opeiste.⁸³³ Kaser meende dat de *formula* van deze actie flexibel genoeg was voor een geval waarin een vordering was verpand in plaats van een lichamelijke zaak. De standaardformulering van de *actio Serviana* was volgens Lenel de volgende.⁸³⁴

Si paret inter Aulum Agerium et Lucium Titium convenisse, ut ea res qua de agitur Aulo Agerio pignori esset propter pecuniam debitam, eamque rem tunc, cum conveniebat, in bonis Lucii Titii fuisse eamque pecuniam neque solutam neque eo nomine satisfactum esse neque per Aulum Agerium stare quo minus solvatur, nisi ea res arbitrio iudicis restituatur, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio, condemna, si non paret, absolve.

Als blijkt dat Aulus Agerius en Lucius Titius zijn overeengekomen, dat deze zaak waarover het gaat, Aulus Agerius tot pand zou strekken vanwege een geldschuld en dat die zaak ten tijde van het sluiten van de overeenkomst zich in het vermogen van Lucius Titius bevond en dat het geld niet is betaald, noch voor deze vordering voldoening is gegeven en dat het niet aan Aulus Agerius heeft gelegen dat er niet is betaald, dan moet Gij, rechter, tenzij die zaak op grond van uw tussenvonnis is teruggegeven, Numerius Negidius jegens Aulus Agerius tot zoveel geld veroordelen als die zaak waard zal zijn; indien dit niet komt vast te staan, moet gij hem vrijspreken.

In Kasers ogen was de zinsnede ‘*convenisse, ut ... Aulo Agerio pignori esset propter pecuniam debitam*’ een invuloefening voor de praetor, die na *ut* het door partijen overeengekomen pandobject vermeldde. Daarbij maakte het volgens Kaser niet uit of een vordering of een lichamelijke zaak was verpand:

‘Damit kann aber jeder zulässige Gegenstand, den die Pfandkonvention nennt, zur Grundlage der Klage gemacht werden, mithin auch das Forderungsrecht.’⁸³⁵

praetor would grant an actio in factum (or actio utilis) to a creditor to whom a contractual claim had been pledged. The cause of the action (the factum) of this actio in factum was – like that of the actio Serviana itself – the pledge agreement, so that any admissible form of property defined in the pledge agreement could be made the object of the action. This action was modelled after the actio Serviana and with it the pledged claim could be enforced against the debtor thereof.’ Zie Verhagen 2013, p. 61. Zie ook Verhagen 2014, p. 134: ‘An example which illustrates how the formula of the actio Serviana allowed the praetor to respond to new transactional practices is the pledging of claims (pignus nominis). When the economic need arose to enable debtors to use contractual debts owed to them as collateral, the praetor at some stage became willing to grant an actio in factum (or actio utilis) to a creditor to whom contractual debts had been pledged. The cause of action (the factum) of this actio in factum was, like that of the actio Serviana itself, the pledge agreement, so that any admissible form of property defined in the pledge agreement could be made the object of the action. This action was modelled after the actio Serviana (but also included elements of the action on the original debt) and with it the pledged debt could be enforced by the pledgee against the debtor thereof.’

⁸³³ Zie § 4.1.3.

⁸³⁴ Zie Lenel 2010 (onveranderde herdruk 1927), p. 494 (§ 267).

⁸³⁵ Zie Kaser 1969, p. 181-182 (= Kaser 1970, p. 404).

De rest van de *formula* kwam volgens Kaser overeen met die van de *actio Serviana*. Kaser gaf enkele voorbeelden, zoals het begin van de *formula* in geval een vordering was verpand, die de pandgever te gelde kon maken door het instellen van de *condictio certae pecuniae*:

<p>Si paret inter Aulum Agerium et Lucium Titium convenisse, ut decem, quae Numerium Negidium Lucio Titio dare oportet, Aulo Agerio pignori esset propter pecuniam debitam eamque pecuniam...</p>	<p>Als blijkt dat door Aulus Agerius en Lucius Titius is overeengekomen, dat de tien (sestertiën), die Numerius Negidius aan Lucius Titius moet geven, aan Aulus Agerius in pand zijn gegeven vanwege een geldschuld en dat dat geld...⁸³⁶</p>
---	---

Een ander voorbeeld dat Kaser gaf, betrof volgens hem de verpanding van een vordering uit bewaargeving:

<p>Si paret inter Aulum Agerium et Lucium Titium convenisse, ut mensa argentea, quam Lucius Titius apud Numerium Negidium deposuit, Aulo Agerio pignori esset propter pecuniam debitam, eamque pecuniam neque solutam neque eo nomine satisfactum esse neque per Aulum Agerium stare quo minus solvatur, eamque mensam dolo malo Numerii Negidii redditam non esse, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio, condemna, si non paret, absolve.⁸³⁷</p>	<p>Als blijkt dat Aulus Agerius en Lucius Titius zijn overeengekomen dat een zilveren tafel, welke Lucius Titius aan Numerius Negidius in bewaring heeft gegeven, Aulus Agerius tot pand zou strekken vanwege een geldschuld, en dat dat geld niet is betaald, noch voor deze vordering voldoening is gegeven en dat het niet aan Aulus Agerius heeft gelegen dat er niet is betaald en dat deze tafel door boos opzet van Numerius Negidius niet is teruggegeven, dan moet Gij, rechter, Numerius Negidius jegens Aulus Agerius tot zoveel geld veroordelen als die zaak waard zal zijn; indien dit niet komt vast te staan, moet gij hem vrijspreken.</p>
---	---

Kaser formuleerde zijn voorbeelden ongelukkigerwijs zo dat het begin van de *formula* suggereerde dat niet zozeer een vordering was verpand, maar een lichamelijke zaak, in het laatste voorbeeld de in bewaring gegeven tafel zelf. Het verpanden van een tafel was het verpanden van een lichamelijke zaak en had met de verpanding van een vordering niets te maken. Verpanding van *res debita* was niet hetzelfde als verpanding van een vordering. Behoorde de in bewaring gegeven tafel toe aan de pandgever, dan kon hij de zaak zelf verpanden. In dat geval kon de pandhouder gebruik maken van de reguliere *actio Serviana*. Behoorde de tafel niet toe aan de pandgever, dan liep de *actio Serviana* van de pandhouder stuk op de beschikkingsonbevoegdheid van de pandgever ten aanzien van de tafel. De voorbeelden die Kaser gaf, tonen niet aan dat het gemakkelijk was om de *actio*

⁸³⁶ Zie voor dit en het volgende voorbeeld Kaser 1969, p. 182 (= Kaser 1970, p. 404).

⁸³⁷ Hetgeen cursief is afgedrukt, heb ik toegevoegd aan de *formula*, aangezien Kaser een deel weglief. Na *neque* plaatste Kaser '...'.⁸³⁶

Serviana zo aan te passen dat deze actie als *actio utilis* door de pandhouder kon worden gebruikt om de verpande vordering te innen. Mijns inziens was het dan ook niet de *actio Serviana*, die de praetor als voorbeeld nam voor de *actio utilis* van de pandhouder.

Ten eerste verschilde hetgeen de pandhouder met de *actio utilis* vorderde wezenlijk van hetgeen de pandhouder vorderde aan wie een lichamelijke zaak was verpand. De pandhouder aan wie een lichamelijke zaak was verpand, vorderde met de *actio Serviana* het bezit van de hem verpande zaak. Hij hoopte in dezelfde positie te komen als de vuistpandhouder door het instellen van de *actio Serviana*.⁸³⁸ De *actio utilis* van de pandhouder aan wie een vordering was verpand kon niet het verkrijgen van het bezit van de verpande zaak betreffen. Bezit van een vordering was onmogelijk in het Romeinse recht.⁸³⁹ De *actio utilis* gebruikte de pandhouder om de verpande vordering te innen, zo bleek expliciet uit het schrijven van Alexander Severus aan de gardesoldaat, ons overgeleverd in C. 8,16(17),4.⁸⁴⁰

Naar mijn mening waren *actiones utiles* in het Romeinse recht acties, die naar het voorbeeld van een bepaalde actie waren geschapen, juist om het mogelijk te maken dat iemand een actie kon instellen, die aan een ander toekwam.⁸⁴¹ Bij de bespreking van de aangepaste acties bleek steeds dat het gevorderde hetzelfde was als in de directe actie. Denk bijvoorbeeld aan de acties naar het voorbeeld van de actie op grond van de *Lex Aquilia*.⁸⁴² De eisers vorderden door middel van analoge acties schadevergoeding, net zoals de eiser, die de actie direct op grond van de *Lex Aquilia* instelde. Een ander voorbeeld is de *actio utilis* van de ‘cessionaris’. De ‘cessionaris’ vorderde met de *actio utilis* hetgeen de cedent met de directe actie had kunnen vorderen. Een aangepaste actie in het Romeinse recht was – met andere woorden – een actie, die wat betreft de vordering overeenkwam met de directe actie. De praetor greep in, omdat partijen buiten het toepassingsbereik van de directe actie vielen en schiep een aangepaste actie naar het voorbeeld van de directe actie, zodat hetgeen met de directe actie kon worden gevorderd binnen bereik kwam. Juist om het gevorderde was het partijen te doen. Naar mijn mening was het dan ook niet zo dat de praetor in geval van de verpanding van een vordering een analoge actie gaf, waarmee de eiser een andere

⁸³⁸ Het instellen van de *actio Serviana* garandeerde echter niet de verkrijging van het bezit van de verpande zaak. De rechter veroordeelde de gedaagde tot de betaling van een geldsom, indien het tot een veroordelend vonnis kwam, zoals ik uitlegde op p. 29. De gedaagde kon deze veroordeling voorkomen door de zaak af te staan aan de eiser voordat de rechter het eindvonnis wees. De *actio Serviana* bevatte de restitutieclausule om afgifte te bevorderen. Zie over de restitutieclausule eveneens p. 29.

⁸³⁹ Zie § 3.4.

⁸⁴⁰ Zie voor de tekst van deze constitutie p. 7.

⁸⁴¹ Zie § 9.1 t/m § 9.3 over de *actiones utiles* in het algemeen.

⁸⁴² Zie hiervoor p. 205.

prestatie kon vorderen dan werd gevorderd met de directe actie. Het lag niet voor de hand dat de praetor de *actio Serviana* aanpaste teneinde deze actie in aangepaste vorm ter beschikking te stellen aan de pandhouder van een vordering gelet op het feit dat hetgeen de pandhouder van een vordering met de *actio utilis* vorderde wezenlijk verschilde van hetgeen de pandhouder met de *actio Serviana* vorderde als een lichamelijke zaak was verpand.

De *actio Serviana* was bovendien een zakelijke actie.⁸⁴³ De pandhouder vorderde met de *actio Serviana* het bezit van de hem verpande zaak. De pandhouder kon de actie instellen tegen eenieder, die de verpande zaak bezat. Uit de *formula* van de *actio Serviana* bleek het zakelijke karakter. Zo ontbrak de naam van de gedaagde in de *intentio* en bevatte de actie de restitutieclausule, die tot vrij spraak leidde indien de zaak gedurende het proces aan de pandhouder werd gegeven.⁸⁴⁴

De *actio utilis* van degene aan wie een vordering was verpand, had daarentegen een ander karakter. Zo kon de *formula* van deze actie niet de restitutieclausule bevatten, omdat de actie niet draaide om de afgifte van een zaak, maar om het innen van een vordering.⁸⁴⁵ De gedaagde kon op geen enkele manier de vordering afgeven aan de pandhouder, omdat een vordering niet tastbaar was.

Verder was het ondenkbaar dat voor het eerst in de *condemnatio* de naam van de gedaagde voorkwam, zoals in de zakelijke *actio Serviana*. De vordering, die was verpand, moest de pandhouder eerder specificeren door de namen van de schuldeiser en de schuldenaar te noemen. Aanduiden welke vordering het betrof, kon op geen andere wijze dan de personen te benoemen die aan de actieve en aan de passieve zijde van de verbintenis stonden.

Bovendien veroordeelde de rechter de gedaagde in de *Serviana* tot zoveel als de verpande zaak waard was, indien de pandhouder de gestelde feiten wist te bewijzen en indien de gedaagde de zaak niet voor het eindvonnis aan de pandhouder gaf. Deze veroordeling paste in een zakelijke actie. De *actio utilis* van de pandhouder aan wie een vordering was verpand, leidde tot inning van de verpande vordering, zo blijkt uit de bronnen. Inning van de verpande vordering bereikte de rechter door de schuldenaar van de verpande vordering te veroordelen tot hetgeen hij de pandgever was verschuldigd. De *actio utilis* moest dus zo luiden dat de rechter de schuldenaar veroordeelde tot hetgeen hij de pandgever behoorde te geven of tot hetgeen hij voor de pandgever moest doen. Behelsde de verpande

⁸⁴³ Zie D. 20,1,17. Justinianus herhaalde later in zijn *Instituten* dat de *Serviana* een zakelijke actie was, zie Justinianus' *Instituten* 4,6,31. Zie over het zakelijke karakter van de *Serviana* in de literatuur Kaser 1982, p. 154 (= Kaser 1976, p. 255 en verder). Zie verder Krämer 2007, p. 39 nt. 5 voor literatuurverwijzingen. Zie over het onderscheid tussen persoonlijke en zakelijke acties in het algemeen hiervoor § 3.2.

⁸⁴⁴ Zie voor de *formula* hiervoor p. 244.

⁸⁴⁵ Zie Kaser 1969, p. 183 (= Kaser 1970, p. 405).

vordering de betaling van een geldbedrag, dan veroordeelde de rechter de gedaagde tot de betaling van dit geldbedrag. Betrof de verpande vordering een geven of een doen, dan waardeerde de rechter deze prestatie op een geldbedrag, omdat alle veroordelingen in het Romeinse recht veroordelingen waren tot de betaling van een geldbedrag.⁸⁴⁶ Indien het de pandhouder lukte de verpande vordering te innen buiten de rechter om, dan leidde het innen van een dergelijke vordering door de pandhouder tot het verkrijgen van de prestatie waarop de pandgever recht had, bijvoorbeeld de levering van een bepaalde zaak.

Ten slotte waren de dwangmiddelen, die de pandhouder ter beschikking stonden niet dezelfde als bij de zakelijke pandactie. Zo kon hij, die een vordering verpand had gekregen, niet de *actio ad exhibendum* instellen. Kaser, die zich op het standpunt stelde dat de pandhouder een persoonlijke variant van de *actio Serviana* kreeg, concludeerde:

*‘Da sich die Klage auf die persönliche Haftung stützt, kommt vielmehr nur wie bei allen persönlichen Klagen die Androhung der missio in bona rei servandae causa in Betracht.’*⁸⁴⁷

Al deze verschillen tussen de *actio Serviana* en de *actio utilis* van de pandhouder aan wie een vordering was verpand, doen mij geloven dat de *actio utilis* van de pandhouder geen zakelijke, maar een persoonlijke actie was.⁸⁴⁸ De *actio utilis* was een actie gebaseerd op een verbintenis en niet een actie waarmee de pandhouder probeerde een recht op een zaak geldend te maken. De Romeinen zagen een vordering niet als een zaak, die het object van rechten kon zijn. Een vordering was de actieve zijde van een band die het recht schiep tussen schuldeiser en schuldenaar, een *vinculum iuris*.⁸⁴⁹ De verpanding van een vordering leidde ertoe dat de pandhouder onder bepaalde voorwaarden bevoegd was om de vordering te innen in de plaats van de pandgever. De schuldenaar van de verpande vordering betaalde dan bevrijdend aan de pandhouder. De pandhouder had enkel een actie tegen de schuldenaar van de verpande vordering en geen zakelijke actie, die hij tegen eenieder kon instellen. Aangezien de pandgever zelf niet meer had dan een persoonlijke actie lag het bovendien voor de hand dat de pandhouder alleen een persoonlijke actie kreeg. Uitgangspunt van het Romeinse rechtstelsel was dat niemand meer rechten kon overdragen dan hij zelf had.⁸⁵⁰ In geval van verpanding

⁸⁴⁶ Zie hiervoor p. 29.

⁸⁴⁷ Zie Kaser 1969, p. 183 (= Kaser 1970, p. 405).

⁸⁴⁸ Zo ook bijvoorbeeld Koops. Zie Koops 2010, p. 108, nt. 186.

⁸⁴⁹ Zie hiervoor § 3.1.

⁸⁵⁰ Zie de bekende zinspreuk van Ulpianus, ons bekend uit D. 50,17,54: *‘nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet.’*

gold dit uitgangspunt onverkort. Zo verklaarde Papinianus dat de schuldeiser niet meer kon hebben dan hij, die het pand gaf.⁸⁵¹

Mij lijkt het in strijd met de werkwijze van de praetor om aan te nemen dat een zakelijke actie als de *Serviana* in aangepaste vorm een persoonlijke actie was. Kaser vond dit echter geen probleem. Hij schreef:

*‘Dass eine Klage, die in ihrer typischen ediktalen Gestalt eine actio in rem ist, in bestimmten Abwandlungen, also als actio utilis, in personam gerichtet sein kann, erscheint nicht von vornherein bedenklich. Die Römer bilden die Kategorien ihrer Aktionen nicht nach einem starren theoretischen Schema, sondern nach dem praktischen Bedürfnis. Wenn sie die Verpfändung einer Forderung neben der typischen Sachverpfändung zulassen, nehmen sie damit auch die Konsequenz in Kauf, dass die Klage aus dem p.n. in wesentlichen Zügen andere Eigenschaften hat als die reguläre Klage.’*⁸⁵²

Kaser had gelijk dat de Romeinse juristen praktisch van aard waren, maar als ik de andere *actiones utiles* in ogenschouw neem, dan zie ik nog een aangepaste actie die zo verschilde van de directe actie dat het gevorderde anders was, noch een aangepaste actie die zo verschilde van de directe actie dat de aard van de actie anders was.

Kaser meende een geval te hebben gevonden waarin een zodanige gedaantewisseling plaatsvond. Hij wees als ondersteuning van zijn theorie naar de actie van een lager gerangschikte pandhouder, die van de eerste pandhouder het *superfluum* opeiste. Het *superfluum* was hetgeen resteerde nadat de hoger gerangschikte pandhouder was voldaan. Kaser betoogde:

*‘Auch die Klage, mit der der Pfandgläubiger im zweiten, dritten usw. Rang vom Erstgläubiger, der die Pfandsache verkauft hat, das superfluum verlangt, kann nur als eine der actio Serviana nachgebildete Klage gedacht werden, die aber in personam ging, weil nur der Pfandverkäufer (Primus) zur Bezahlung der Hyperocha verpflichtet ist.’*⁸⁵³

Kaser schreef dat de lager gerangschikte pandhouder de *actio Serviana utilis* en *in personam* had. Een andere actie was volgens hem niet denkbaar.

Mijns inziens heeft een andere actie dan die Kaser voorstelde betere papieren. Welke actie de lager gerangschikte pandhouder had, was een vraag, die de glosse al stelde.⁸⁵⁴ Door de eeuwen heen wisselde het door de rechtsgeleerden

⁸⁵¹ Zie D. 20,1,3,1. Papinianus besprak een casus, die hij oploste aan de hand van het volgende beginsel: *‘Non plus habere creditor potest, quam habet qui pignus dedit.’*

⁸⁵² Zie Kaser 1969, p. 184 (= Kaser 1970, p. 405).

⁸⁵³ Zie Kaser 1969, p. 184 (= Kaser 1970, p. 405-406).

⁸⁵⁴ Zie Glosse Restituat bij D. 20,4,12,5: *‘Sed qua actione? Respon. in factum forte.’*

gegeven antwoord.⁸⁵⁵ Een antwoord vinden we niet in de bronnen. De Romeinse juristen gaven enkel aan dat de lager gerangschikte pandhouder het overschot moest krijgen. Zo schreef Marcianus naar aanleiding van Papinianus:

D. 20,4,12,5

Marcianus, libro singulari ad formulam hypothecariam.

Papinianus libro undecimo respondit, si prior creditor postea novatione facta eadem pignora cum aliis accepit, in suum locum eum succedere: sed si secundus non offerat pecuniam, posse priorem vendere, ut primam tantum pecuniam expensam ferat, non etiam quam postea credidit, et quod superfluum ex anteriore credito accepit, hoc secundo restituat.

Marcianus, De hypotheekactie.

Papinianus heeft in zijn 11^e boek als advies gegeven dat, als een eerdere schuldeiser naderhand tot schuldvernieuwing overgaat en dezelfde zaken samen met nog andere in pand krijgt, hij in zijn eigen rang opvolgt. Maar als de tweede schuldeiser geen betaling aanbiedt, kan de eerste het pand slechts verkopen om de eerste geldsom betaald te krijgen, dus niet tevens het bedrag dat hij naderhand heeft uitgeleend; wat hij meer dan de eerste lening verkrijgt, moet hij aan de tweede schuldeiser afgeven.

Het fragment uit het boek van Marcianus had betrekking op een geval waarin het de vraag was of de eerste pandhouder zijn rang behield, indien door schuldvernieuwing de vordering tenietging ter verzekering waarvan het pand was gegeven. Zijn schuldenaar had hem gevraagd om een extra lening, waarna zij waren overgegaan tot schuldvernieuwing.⁸⁵⁶ De schuldvernieuwing leidde ertoe dat de oude verbintenis tenietging en dat in de plaats daarvan een nieuwe verbintenis kwam. Dezelfde zaken waren wederom in pand gegeven, samen met nog andere. De schuldenaar had na de schuldvernieuwing een hogere schuld dan in de tenietgegane verbintenis. De nieuwe schuld was namelijk ten opzichte van de oude schuld verhoogd met het extra geleende bedrag. De juristen

⁸⁵⁵ Zie Dernburg 1864, p. 487-488. Dernburg vermeldde onder meer dat geleerden dachten aan een condictie. Uit zijn oordeel over hen die verdedigden dat sprake was van een verrijksactie blijkt reeds hoe de meningen uiteenliepen (Dernburg 1864, p. 487): '*Die Glosse spricht von einer actio in factum, andere denken an eine condictio ex lege, womit nur der Rathlosigkeit und dem Unvermögen, diesen Anspruch innerlich zu begründen, Ausdruck gegeben wird.*' Cujas meende dat sprake was van een *actio hypothecaria utilis* (Zie Cujas in zijn commentaar op Papinianus, Ad L. III *Qui pot. in pign. hab.* (= D. 20,4,3), *Commentaria in Librum XI Responsorum Aemilii Papiniani*, te vinden in het vierde deel van zijn *Opera omnia* in kolom 1291, editie Napels 1763). Zo ook Bachofen: zie Bachofen 1847, p. 492. Dernburg betoogde dat de tweede pandhouder de *actio pignoratitia in personam* kreeg, zie Dernburg 1864, p. 488. Zie voor Dernburg's standpunt hierna p. 256.

⁸⁵⁶ De pandhouder had de vraag of hij zijn rang behield, kunnen voorkomen door de extra lening overeen te komen in een afzonderlijke verbintenis. De oorspronkelijke verbintenis en het oorspronkelijke pandrecht bleven dan zondermeer onaangetast. Het is niet duidelijk waarom in dit geval schuldeiser en schuldenaar kozen voor schuldvernieuwing. Wellicht wilden ze de voorwaarden van de oorspronkelijke lening aanpassen.

concludeerden dat de pandhouder zijn rang behield, maar dat hij zich enkel als hoogst gerangschikte kon verhalen op het pand of op de panden voor het bedrag van de oorspronkelijke lening. Was de opbrengst van de pandverkoop hoger, dan moest hij dit overschot geven aan de tweede pandhouder, die het pand had verkregen voordat de schuldvernieuwing plaatsvond.

De tweede pandhouder liep het risico dat de eerste pandhouder failliet ging voor hij de overwaarde uitkeerde. Het overschot viel dan in de boedel van de eerste pandhouder. De tweede pandhouder had geen zakelijke actie om het overschot op te eisen.⁸⁵⁷ Hij kon bovendien niet de *actio Serviana* instellen tegen de koper van de verpande zaak, zo blijkt bijvoorbeeld uit het einde van het volgende fragment, dat ook afkomstig is van Marcianus:

D. 20,4,12,7

Marcianus, *libro singulari ad formulam hypothecariam*. Si simpliciter convenisset secundus creditor de hypotheca, ab omni possessore eam auferre poterit praeter priorem creditorem et qui ab eo emit.

Marcianus, *De hypotheekactie*. Wanneer een tweede schuldeiser zonder nadere voorwaarden een hypotheekovereenkomst gesloten heeft, kan hij die zaak aan iedere bezitter ontnemen, behalve aan de eerste schuldeiser en aan degene die de zaak van deze gekocht heeft.

Uit meerdere constituties blijkt hetzelfde.⁸⁵⁸

De tweede pandhouder kon voorkomen dat zijn zekerheid oploste in een vordering op de eerste pandhouder door de eerste pandhouder betaling aan te bieden.⁸⁵⁹ De tweede pandhouder steeg naar de rang van de eerste pandhouder, indien hij de vordering voldeed ter verzekering waarvan het pand was gegeven. De tweede pandhouder kon het bedrag dat hij de eerste pandhouder betaalde, verhalen op het pand.⁸⁶⁰ De Romeinse juristen rechtvaardigden deze verhaalsmogelijkheid door te schrijven dat de tweede pandhouder in de plaats kwam van de eerste pandhouder.⁸⁶¹ Betalen aan de eerste pandhouder was voordelig voor de

⁸⁵⁷ Zie C. 8,27(28),20.

⁸⁵⁸ Zie C. 8,19(20),1pr.; C. 4,10,6; C.4,10,7,1 en C. 8,17(18),6. Zie Kaser 1968, p. 54.

⁸⁵⁹ Zie bijvoorbeeld C. 8,17(18),1. Zie hierover Emunds & Harke 2015, p. 15 en verder. Zie ook Schanbacher 2016, p. 161 en verder.

⁸⁶⁰ Zie bijvoorbeeld D. 20,5,5pr. en D. 20,4,12,6.

⁸⁶¹ De Romeinse juristen spraken van *successio in locum* of van *successio in ius pignoris*. Zie voor de eerste term bijvoorbeeld C. 8,18(19),1pr., D. 20,5,5pr. en D. 20,4,12,5. Zie voor de laatste term bijvoorbeeld D. 20,3,3. Zie hierover Emunds & Harke 2015, p. 21. Het was niet zo dat de vordering van de eerste pandhouder overging op de tweede pandhouder. De tweede pandhouder voldeed de vordering van de eerste pandhouder, zie Emunds 2007, p. 103-104. De betaling deed de vordering en het pandrecht tenietgaan. Strikt genomen werd in dit geval verhaal toegestaan voor een bedrag dat niet was verzekerd door een pandrecht (zie daarover Kaser 1968, p. 47 en verder). Er waren constructies denkbaar, die het tenietgaan konden voorkomen, bijvoorbeeld een constructie vergelijkbaar met de betaling verricht door een borg. In geval van borgtocht bereikten de Romeinse juristen

tweede pandhouder. Hij kon daarna overgaan tot executieverkoop van het pand als hoogst gerangschikte pandhouder.⁸⁶² Hij kreeg zo de regie bij de verkoop, waardoor het risico wegviel dat de eerste pandhouder de zaak niet voor de hoogst mogelijke prijs verkocht. Hij kon zich bovendien na de verkoop verhalen op de opbrengst zonder dat een eventueel faillissement van de eerste pandhouder hem raakte. Ook liep hij niet het risico dat de eerste pandhouder het *superfluum* uitkeerde aan de pandgever, omdat de eerste pandhouder geen weet had van de tweede verpanding.⁸⁶³

De tweede pandhouder bevond zich in een aanzienlijk zwakkere verhaalspositie, indien hij geen gebruik maakte van het recht de eerste pandhouder betaling aan te bieden. Als de eerste pandhouder overging tot executoriale verkoop van het pand resteerde hem enkel de vordering op de eerste pandhouder ter verkrijging van een eventueel overschot. De tweede pandhouder kwam als het ware in de plaats van de pandgever, die het overschot zou hebben ontvangen als de zaak niet nogmaals was verpand. De tweede pandhouder had dezelfde bevoegdheden als de pandgever in dat geval. Het lijkt mij dan ook veel meer voor de hand liggen dat de tweede pandhouder de eerste pandhouder kon aanspreken met een actie die was gebaseerd op de actie, die anders de pandgever zou hebben gehad om het overschot op te eisen, dat wil zeggen de *actio pignoratitia directa*

hetgeen wij als subrogatie zouden aanduiden door de betaling te beschouwen als een koop van de acties van de schuldeiser in plaats van als een betaling, zie D. 46,1,36 en zie hierover Spruit 2003, p. 432-433 (nr. 621). Zie voor dezelfde constructie wat betreft het regres dat een voogd kon nemen op zijn medevoogden, indien hij de pupil volledig voldeed p. 210. In het geval van de voogd leken de juristen echter geen gebruik te maken van een dergelijke constructie (zie met verwijzingen aldaar Emunds 2007, p. 103). De verhaalsbevoegdheid leek echter terug te gaan op een keizerlijke constitutie, zie daarover Emunds & Harke 2015, p. 24 en verder.

⁸⁶² Enkel de hoogst gerangschikte pandhouder was bevoegd de zaak executoriaal te verkopen, zie bijvoorbeeld C. 8,17(18),8. Zie Emunds & Harke 2015, p. 15. Anders Lokin/Brandsma 2016, p. 199 (G76).

⁸⁶³ Indien de eerste pandhouder het overschot ten onrechte uitkeerde aan de pandgever, dan neem ik aan dat de tweede pandhouder het overschot van de pandgever kon opeisen met een actie op grond van de pandovereenkomst, de *actio pignoratitia contraria*. Zie over het bestaan van de contraire actie uit de pandovereenkomst in het algemeen Kaser 1979-1, p. 222 (= Kaser 1982, p. 86). De tweede pandhouder kon een uitkering van het *superfluum* aan de pandgever voorkomen door ervoor te zorgen dat hem de vordering van de pandgever tot uitkering van het overschot was verpand. Een mededeling van deze verpanding aan de eerste pandhouder voorkwam dat de eerste pandhouder bevrijdend het overschot uitkeerde aan de pandgever. Chronologisch lijkt in het Romeinse recht de meervoudige verpanding van een zaak voorafgegaan te zijn door een verpanding van de vordering van de pandgever ter verkrijging van het overschot. Zie over deze ontwikkeling hierna p. 256.

utilis.⁸⁶⁴ De tweede pandhouder had niet zelf de actie op grond van de pand-overeenkomst tegen de eerste pandhouder, omdat tussen de eerste en de tweede pandhouder geen pandovereenkomst bestond. Deze actie kon de praetor hem echter wel *utilis* geven.

De keizers Diocletianus en Maximianus schreven in 294 aan ene Sabinus ‘*id est pigneraticia*’ als antwoord op de vraag met welke actie de overwaarde kon worden verkregen. De keizers benadrukten dat het een persoonlijke actie was. De pandhouder moest de overwaarde uitkeren aan de pandgever. Mocht hij in de tussentijd van het ontvangen bedrag bijvoorbeeld een stuk grond hebben gekocht, dan was het geenszins zo dat de pandgever een recht op dit stuk grond had.⁸⁶⁵

C. 8,27(28),20 [A.D. 294]

Imp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Sabino. Secundum placiti fidem, si nihil convenit specialiter, pignoribus a creditore maiore quam ei debebatur pretio distractis, licet ex eo fundus comparatus sit, non super hoc in rem, sed in personam, id est pigneraticia, de superfluo competit actio.

De doorluchtige keizers Diocletianus en Maximianus en de mederegenten aan Sabinus. Wanneer overeenkomstig de afspraak in het geval dat er niets speciaals is overeengekomen, de panden zijn verkocht door de schuldeiser [en wel] voor een hoger bedrag dan hem verschuldigd was, staat ondanks het feit dat hieruit een perceel grond is gekocht, dienaangaande geen zakelijke actie open maar is een persoonlijke actie – d.w.z. de pandactie – beschikbaar voor het overschot.

De *actio pigneraticia utilis* lijkt mij voordelen te hebben gehad voor de tweede pandhouder ten opzichte van de *actio Serviana utilis*, die Kaser voorstelde. Zo kon de tweede pandhouder er behoefte aan hebben de eerste pandhouder rekening en verantwoording af te laten leggen voor de executieverkoop, bijvoorbeeld omdat de eerste pandhouder de zaak voor een te lage prijs had verkocht waardoor de opbrengst ten onrechte zo laag was dat er niets overbleef voor de tweede pandhouder. De pandgever had de mogelijkheid met de actie uit de pandovereenkomst, de *actio pigneraticia directa*, de pandhouder ter verantwoording te roepen als de zaak niet meermalen was verpand. Indien de zaak wel meermalen was verpand, dan was het overschot bestemd voor de tweede pandhouder in plaats van voor de pandgever. In dat geval had de tweede pandhouder in plaats van de pandgever behoefte aan deze mogelijkheid. De *actio Serviana* leende zich niet voor het laten afleggen van rekening en verantwoording. De *actio*

⁸⁶⁴ Kaser ontkende niet dat de pandgever de *actio pigneraticia* had om het *superfluum* te verkrijgen, zie Kaser 1968, p. 51. Volgens Kaser kon de pandgever het *superfluum* opeisen met de *actio pigneraticia*. De tweede pandhouder kon volgens hem het *superfluum* opeisen van de eerste pandhouder door het instellen van de *actio Serviana utilis*. Zie over de *actio pigneraticia* Lenel 2010 (onveranderde herdruk 1927), p. 255 (§ 99).

⁸⁶⁵ Zie Zwalf 2014, p. 517 en verder en daarnaast bijvoorbeeld Manigk 1916, kolom 302.

Serviana was een zakelijke actie gericht op de verkrijging van het bezit van de verpande zaak.

Kortom, de *actio Serviana* stond ver af van de vordering die de tweede pandhouder had om het overschot te verkrijgen, niet alleen wat betreft de zakelijke aard van de vordering, maar ook wat betreft hetgeen de eiser vorderde. Het ligt niet voor de hand dat de praetor de tweede pandhouder de *actio Serviana* in aangepaste vorm gaf. De *Serviana* was juist de actie waarvan we weten dat de tweede pandhouder deze niet had na de executoriale verkoop door de eerste pandhouder. Alexander Severus kon het niet duidelijker zeggen:

C. 8,19(20),1pr. [A.D. 230]

Imp. Alexander A. Athenionis. Si vendidit is qui ante pignus accepit, persecutio tibi hypothecaria superesse non potest.

De doorluchtige keizer Alexander [Severus] aan Athenio. Indien degene die eerder [dan u] een pandrecht heeft verkregen, tot verkoop is overgegaan, kan er voor u geen hypothecaire rechtsvordering meer zijn.

Kaser was van mening dat de tekst van Alexander Severus enkel zag op de onmogelijkheid het pand op te vorderen van de koper, niet op de mogelijkheid het *superfluum* te eisen van de eerste pandhouder.⁸⁶⁶ Kaser betoogde dan ook dat de actie waarover de tweede pandhouder beschikte om de overwaarde te verkrijgen niet de *actio pignoratitia* was:

‘Die actio pignoratitia stützt sich darauf, dass die mit dem Pfand gesicherte Forderung getilgt (oder anderweitige Befriedigung gewährt oder der Gläubiger im Annahmeverzug) ist, dass aber der Verpfänder die Sache (oder ihr Aequivalent) nicht zurückerhalten hat. Bei unserer Klage ist dagegen vorausgesetzt, dass die Forderung des Nachpfandgläubigers gerade nicht getilgt ist; und für ein rem reddere ist im Verhältnis zwischen Primus und Secundus, nachdem die Pfandsache verkauft ist, überhaupt kein Raum.’⁸⁶⁷

Kaser verwees naar de reguliere *actio pignoratitia* waarin onder andere als voorwaarde voor veroordeling van de pandhouder was gesteld dat hij de verpande zaak niet had teruggegeven aan de pandgever. Deze voorwaarde kwam tot uitdrukking in de zinsnede *‘eamque rem Aulo Agerio redditam non esse’*, oftewel ‘en dat de zaak niet is teruggegeven aan Aulus Agerius.’⁸⁶⁸ Kaser had gelijk dat een dergelijke voorwaarde onzinnig was in de verhouding tussen de eerste en tweede pandhouder. De praetor liet deze voorwaarde ongetwijfeld weg in de aangepaste variant van de *actio pignoratitia*, die hij volgens mij de tweede

⁸⁶⁶ Zie Kaser 1968, p. 67 nt. 139.

⁸⁶⁷ Zie Kaser 1968, p. 67.

⁸⁶⁸ Zie Lenel 2010 (onveranderde herdruk 1927), p. 255 (§ 99) voor de *formula* van de *actio pignoratitia*.

pandhouder gaf. Hetzelfde gold echter voor de *actio Serviana* die volgens Kaser *utilis* aan de tweede pandhouder werd gegeven. De *clausula arbitraria* in die *formula* aan de hand waarvan de rechter toetste of de zaak voor het eindvonnis was teruggegeven, schrapte de praetor net zo goed als hij de *Serviana* aanpaste voor de tweede pandhouder.⁸⁶⁹

De *actio pigneraticia* had bovendien niet enkel tot doel de verpande zaak terug te bezorgen bij de pandgever, indien hij de schuld had betaald ter verzekering waarvan het pand was gegeven. Kaser suggereerde dat de *actio pigneraticia* hiertoe beperkt was door te schrijven dat de *actio pigneraticia* de actie was, die een pandgever instelde als hij de verpande zaak niet had teruggekregen, ondanks het feit dat hij zijn schuld had voldaan.⁸⁷⁰ De *actio pigneraticia* had echter meer om het lijf. Het was eveneens de actie, die de pandgever had om van de pandhouder het *superfluum* te vorderen nadat de pandhouder het pand had verkocht.⁸⁷¹ Daar komt nog bij dat de *actio pigneraticia* een actie was, die berustte op de goede trouw.⁸⁷² De pandgever kon dientengevolge de rechter meer laten toetsen dan het enkele teruggeven van de zaak als de de schuld was voldaan ter verzekering waarvan het pand was gegeven. De rechter hanteerde namelijk een ruime maatstaf in *bonae fidei iudicia*. De redelijkheid en de billijkheid bepaalden de verhouding van partijen.⁸⁷³ De rechter moest op grond van de goede trouw toetsen of de pandhouder aan zijn verplichtingen had voldaan. In het geval van de *actio pigneraticia* ging het dan bijvoorbeeld om de verplichting goed voor de zaak

⁸⁶⁹ Zie Kaser 1969, p. 184, nt. 52 (= Kaser 1970, p. 405, nt. 52). Kaser schreef: ‘Einen weiteren Fall einer *actio utilis* nach dem Muster der *Serviana*, bei der gleichfalls die Restitutionsklausel wegblieb, vermute ich bei der Klage des nachstehenden Pfandgläubigers auf die *Hyperocha*.’

⁸⁷⁰ Zie het citaat van Kaser hiervoor op p. 254.

⁸⁷¹ Zie p. 252. Zo schreef ook Kaser zelf: ‘Mit dieser Klage kann der Verpfänder außerdem, wenn der unbefriedigt gebliebene Gläubiger die Sache ordnungsmäßig verkauft hat, das *superfluum* verlangen, also den Überschuß des erzielten Kaufpreises über die aus diesem getilgte Forderung.’ Zie Kaser 1971 (RP I), p. 537 (§ 127).

⁸⁷² De actie op grond van de pandovereenkomst ontbrak in Gaius’ opsomming van de gedingen, die werden beheerst door de goede trouw, zie Gaius’ *Instituten* 4,62. Gaius’ lijst was echter niet limitatief. Zo wees Kleiter erop dat de verschillende lijsten bevattende opsommingen van *bonae fidei iudicia* voor verwarring zorgden, zie Kleiter 2010, p. 54, nt. 233. In de klassieke periode bestonden er twee varianten van de *actio pigneraticia*, één *in factum concepta* en één *in ius concepta*. Deze laatste bevatte de clausule van de goede trouw, zie Braukmann 2008, p. 67 en verder. Voor het bestaan van een dergelijke *formula* pleit bijvoorbeeld C. 4,24,6. Bij Justinianus vinden we de *actio pigneraticia* wel in de lijst met gedingen, die werden beheerst door de goede trouw, zie Justinianus’ *Instituten* 4,6,28.

⁸⁷³ Zie Lokin/Brandsma 2016, p. 51 (P12). Zie verder Kaser 1971 (RP I), p. 487 (§ 114). Kaser schreef in zijn handboek over rechtsverhoudingen die werden beheerst door de goede trouw: ‘Als Inhalt des Schuldverhältnisses gilt alles, was die Parteien über Grundlage und Gegenstand der Verpflichtungen formlos vereinbart haben, aber auch, was ohne solche Abrede unter den konkreten Umständen und unter Berücksichtigung des Ortsgebrauchs und der allgemeinen Verkehrssitte als geschuldet anzusehen ist.’

te zorgen, het *superfluum* uit te keren aan de pandgever of om de verplichting de zaak voor een zo hoog mogelijke prijs te verkopen. De pandgever kon de nakoming van deze verplichtingen laten toetsen door het instellen van de *actio pigneraticia*. Kortom, de *actio pigneraticia* had niet enkel tot doel de verpande zaak terug te bezorgen bij de pandgever, indien hij de schuld had betaald ter verzekering waarvan het pand was gegeven.

Dernburg meende op andere gronden dat de tweede pandhouder het overschot vorderde met een variant op de *actio pigneraticia directa*.⁸⁷⁴ Hij wees ter ondersteuning van zijn standpunt op de historische ontwikkeling die leidde tot meervoudige verpanding. Chronologisch was in het Romeinse recht de meervoudige verpanding van een zaak voorafgegaan door een verpanding van de overwaarde van de zaak, de *hyperocha*.⁸⁷⁵ De Romeinse juristen maakten zich

⁸⁷⁴ Zie Dernburg 1864, p. 488.

⁸⁷⁵ Zie D. 20,4,20. Zie over deze ontwikkeling Kaser 1968, p. 31 en verder. Zie ook Wacke 1969, p. 370 en verder. Volgens Wacke kende het Romeinse recht meervoudige verpanding in ieder geval vanaf Marcellus, zie D. 44,2,19. Marcellus maakte deel uit van het *consilium* van Antoninus Pius (138-161) en Marcus Aurelius (161-180). Zie hierover Kunkel 1967, p. 213. Zie over de *hyperocha* in het algemeen Manigk 1916, kolom 292 en verder. De verpanding van de *hyperocha* was volgens Dernburg niets anders dan de verpanding van de vordering die de pandgever had om de overwaarde te vorderen van de eerste pandhouder. Het was namelijk onmogelijk slechts een deel van de waarde van de zaak te verpanden. Gaius – die voor een deel in dezelfde tijd werkte als Marcellus, maar zijn werkzaamheden eerder in tijd aanving – bepaalde of sprake was van meervoudige verpanding van de zaak of enkel van verpanding van de overwaarde aan de tweede pandhouder aan de hand van hetgeen partijen waren overeengekomen, zie D. 20,1,15,2: ‘*Qui res suas iam obligaverint et alii secundo obligant creditori, ut effugiant periculum, quod solent pati qui saepius easdem res obligant, praedicere solent alii nulli rem obligatam esse quam forte Lucio Titio, ut in id quod excedit priorem obligationem res sit obligata, ut sit pignori hypothecaeve id quod pluris est: aut solidum, cum primo debito liberata res fuerit? De quo videndum est, utrum hoc ita se habeat, si et conveniat, an et si simpliciter convenerit de eo quod excedit ut sit hypothecae? Et solida res inesse conventioni videtur, cum a primo creditore fuerit liberata, an adhuc pars? Sed illud magis est, quod prius diximus.*’ Vertaling: ‘Personen die hun toebehorende zaken reeds als pand verbonden hebben en ze dan jegens nog een tweede schuldeiser verbinden, plegen om aan het gevaar te ontkomen dat mensen kunnen lopen die dezelfde zaken meer dan eens verpanden, vooraf te verklaren dat de zaak jegens niemand anders dan bijvoorbeeld jegens Lucius Titius als pand verbonden is, met de bedoeling dat de zaak verbonden is voor wat zij aan waarde de eerste verplichting te boven gaat – in die zin dat de overwaarde tot pand of hypotheek strekt – of voor het gehele bedrag, wanneer de zaak van de eerste schuld bevrijd is. Naar aanleiding hiervan moet bezien worden of dit alleen zo ligt, wanneer het aldus overeengekomen is, of ook indien men eenvoudig met betrekking tot de overwaarde overeengekomen is dat zij verhypotheekeerd is. Wordt in dat geval de zaak, zodra zij van de aanspraken van de eerste schuldeiser bevrijd is, geacht in haar geheel onder de overeenkomst te vallen of nog steeds voor een deel? Er valt het meest te zeggen voor de eerste oplossing die wij genoemd hebben.’ De pandhouder aan wie de overwaarde was verpand kon zich enkel verhalen op de gehele zaak als het eerste pandrecht teniet was gegaan en als was overeengekomen dat hij zich na het tenietgaan van het eerste pandrecht op de hele zaak mocht verhalen. Zie over dit fragment Gröschler 2015, p. 42-43.

niet druk om de constructie die ten grondslag lag aan de verpanding van de overwaarde.⁸⁷⁶ De verpanding van de *hyperocha* kwam volgens Dernburg neer op de verpanding van de vordering, die de pandgever had om de overwaarde te verkrijgen van de eerste pandhouder.⁸⁷⁷ Latere juristen spraken niet meer over het verpand zijn van de *hyperocha*, maar over het verpand zijn van de zaak aan de tweede pandhouder.⁸⁷⁸ Dernburg ging er echter van uit dat de vordering was mee-verpand, zodat de tweede pandhouder door mededeling te doen aan de eerste pandhouder kon voorkomen dat zijn zekerheid verdween. Deed de tweede pandhouder geen mededeling, dan

*‘könnte der Primus den Verpfänder ohne Gefährde die hyperocha, die er ihm schuldet, auszahlen und hätte die nachträglichen Forderungen etwaiger Nachhypothekarien nicht zu fürchten.’*⁸⁷⁹

Het voordeel van een dergelijke constructie was dat de tweede pandhouder een uitkering van het *superfluum* aan de pandgever kon voorkomen. Een mededeling aan de eerste pandhouder van de verpanding van de vordering voorkwam dat de eerste pandhouder bevrijdend het overschot uitkeerde aan de pandgever.

Al met al meen ik dat het niet de *actio Serviana utilis* was waarmee een lager gerangschikte pandhouder van de eerste pandhouder het *superfluum* opeiste. Kaser gebruikte deze actie dan ook ten onrechte als argument ter ondersteuning van zijn theorie dat de *actio Serviana* als *actio utilis* een persoonlijke actie kon zijn. Wat betreft de *actio utilis* die toekwam aan degene aan wie een vordering was verpand, denk ik dan ook niet dat deze *actio utilis* een actie was naar het voorbeeld van de *actio Serviana*. Samengevat kwam het erop neer dat de *actio utilis* van de pandhouder een persoonlijke actie was en geen zakelijke actie, zoals de *actio Serviana*. Bovendien verschilde hetgeen de pandhouder vorderde door met de *actio utilis* fundamenteel van hetgeen kon worden gevorderd met de *Serviana*. De *Serviana* was een actie waarmee een verpande zaak werd opgevorderd. Een vordering kon niet worden opgevorderd. De pandhouder gebruikte de *actio utilis* om de verpande vordering te innen om zich vervolgens op de opbrengst te kunnen verhalen. De pandhouder had, net als de pandgever van wie zijn recht was afgeleid, enkel een actie tegen de schuldenaar van de verpande vordering en geen zakelijke actie, die hij tegen eenieder kon instellen.

⁸⁷⁶ Zie Kaser 1968, p. 43: ‘Auf eine theoretische Konstruktion der “Verpfändung der Hyperocha” haben sich die römischen Juristen, ihrem Denkstil entsprechend, nicht eingelassen.’

⁸⁷⁷ Zie Dernburg 1864, p. 488.

⁸⁷⁸ Zie Kaser 1968, p. 43 en verder.

⁸⁷⁹ Zie Dernburg 1864, p. 488.

9.5.2.2 De actio utilis als variant op de directe actie van de pandgever

Wat betreft de actie waarmee de pandhouder de verpande vordering kon innen, denk ik dat de *actio utilis* een variant was van de actie, die de pandgever had tegen zijn schuldenaar als hijzelf de vordering inde.⁸⁸⁰

Voordat ik uitleg waarom ik meen dat de *actio utilis* een variant was van de actie van de pandgever, wil ik het verschil duidelijk maken met Kasers theorie dat de *actio utilis* de *actio Serviana* in aangepaste vorm was. Naast de voorbeelden van *formulae*, die ik reeds besprak, gaf Kaser een voorbeeld van de *formula* van de *actio utilis*, indien een vordering uit een stipulatie was verpand. In het voorbeeld van Kaser had de schuldenaar door middel van een stipulatie een *incertum* beloofd. Het woord *incertum* verving de praetor door de afgesproken prestatie in een actie uit stipulatie, oftewel een *actio ex stipulatu*.⁸⁸¹ Door het gebruik van de term *incertum* maakte Kaser duidelijk dat de stipulatie niet betrof de betaling van een bepaald geldbedrag of de overdracht van een bepaalde zaak. De prestatie was *incertum*, dat wil zeggen dat de prestatie niet zo vastomlijnd was als de betaling van een geldbedrag of de overdracht van een bepaalde zaak. De prestatie werd omschreven in de *demonstratio* van de *formula*. De eiser vorderde in een *formula incerta* wat de gedaagde moest geven aan de eiser of moest doen voor de eiser.⁸⁸² Betrof de stipulatie een bepaald geldbedrag of de overdracht van een bepaalde zaak, dan maakte de schuldeiser gebruik van een *condictio* in plaats van de *actio ex stipulatu*.⁸⁸³ Het zal voor een schuldeiser niet bijzonder aantrekkelijk zijn geweest om een vordering verpand te krijgen, die een *incertum*

⁸⁸⁰ Zo ook in een voetnoot Wubbe, zie Wubbe 1958, p. 178, nt. 111: ‘*Der Forderungspfandgläubiger kann mit a. utilis, der gleichen, welche dem Verpfänder als directa zusteht, auf Leistung klagen.*’ Wubbe’s artikel betrof herverpanding en om die reden nam hij niet de ruimte om zijn stelling uit te leggen. Hetzelfde geldt voor Selb, die zonder verdere toelichting schreef naar aanleiding van een ander geval (zie Selb 1982, p. 335): ‘*Die actio utilis ist die abgewandelte Grundklage aus dem verpfändeten Recht; ähnlich dann beim pignus nominis, die abgewandelte Klage aus der verpfändeten Forderung, nicht eine in personam abgewandelte actio Serviana, nicht die Pfandverfolgungsklage.*’ Selb vermeldde hier bij dat deze opvatting tegengesteld was aan die van Kaser.

⁸⁸¹ Zie Kaser 1971 (RP I), p. 542, nt. 42 (§ 128).

⁸⁸² Zie Gaius’ *Instituten* 4,54 en Gaius’ *Instituten* 4,131. De *intentio* luidde als volgt: ‘*quidquid Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet.*’ Zie hierover bijvoorbeeld Kaser 1971 (RP I), p. 493-494 (§ 115).

⁸⁸³ Zie D. 12,1,24. Ulpianus schreef: ‘*Si quis certum stipulatus fuerit, ex stipulatu actionem non habet, sed illa condicticia actione id persequi debet, per quam certum petitur.*’ Vertaling: ‘Als iemand bij stipulatie iets welbepaalds bedongen heeft, heeft hij geen actie op grond van stipulatie, maar moet hij dit opeisen met dat type *condictio* waarmee iets welbepaalds wordt gevorderd.’ Van Oven meende dat in de klassieke tijd de *condictio* niet werd gebruikt om een vordering uit een stipulatie geldend te maken, zie Van Oven 1958, p. 391 en verder. Van Oven meende dat de *condictio* altijd een buitencontractuele actie was, zie p. 399. Hij schreef bovendien dat de klassieke juristen geen verschil maakten

behelsde. Dat betekende echter niet dat het was uitgesloten dat een vordering tot een *incertum* werd verpand, maar een schuldeiser die zekerheid wilde, kreeg bij voorkeur een vordering tot de betaling van een geldbedrag of tot het geven van een bepaalde zaak verpand. Desalniettemin gebruikte Kaser de verpanding van een vordering uit een stipulatie tot een *incertum* als voorbeeld. De *formula* van de *actio utilis* luidde volgens Kaser als volgt.⁸⁸⁴

Si paret inter Aulum Agerium et Lucium Titium convenisse, ut, quod Lucius Titius a Numerio Negidio incertum stipulatus est, quidquid ob eam rem Numerium Negidium Lucio Titio dare facere oportet, id Aulo Agerio pignori esset propter pecuniam debitam, eamque rem tunc, cum conveniebat, in bonis Lucii Titii fuisse eamque pecuniam neque solutam neque eo nomine satisfactum esse neque per Aulum Agerium stare quo minus solvatur, nisi ea res arbitrio iudicis restituatur, quanti ea res erit, tantam pecuniam, iudex, Numerium Negidium Aulo Agerio, condemna, si non paret, absolve.

Als blijkt dat Aulus Agerius en Lucius Titius zijn overeengekomen, dat, hetgeen Lucius Titius zich door Numerius Negidius heeft laten beloven, dat alles wat Numerius Negidius vanwege deze zaak aan Lucius Titius behoort te geven of te doen, Aulus Agerius tot pand zou strekken vanwege een geldschuld en dat die zaak ten tijde van het sluiten van de overeenkomst zich in het vermogen van Lucius Titius bevond en dat het geld niet is betaald, noch voor deze vordering voldoening is gegeven en dat het niet aan Aulus Agerius heeft gelegen dat er niet is betaald, dan moet Gij, rechter, tenzij die zaak op grond van een tussenvonnis is afgegeven, Numerius Negidius jegens Aulus Agerius tot zoveel geld veroordelen als die zaak waard zal zijn; indien dit niet komt vast te staan, moet gij hem vrijspreken.

Daarentegen luidde de *formula*, zoals ik me die voorstel indien de pandhouder een vordering uit een *stipulatio* tot betaling van een *incertum* verpand had gekregen, als volgt:

X iudex esto. Quod Lucius Titius de Numerio Negidio incertum stipulatus est, cui rei dies fuit, si paret inter Aulum Agerium et Lucium Titium convenisse, ut id nomen debitoris Aulo Agerio pignori datum esset propter x milia sestertia debita eaque neque soluta

X zij rechter. Gezien het gestelde feit dat Lucius Titius zich door Numerius Negidius een *incertum* heeft laten beloven, welke prestatie opeisbaar is geworden, en indien komt vast te staan dat tussen Aulus Agerius en Lucius Titius overeengekomen is dat de vordering op Numerius Negidius Aulus Agerius als pand gegeven is wegens een schuld van tienduizend sestertiën en

tussen een stipulatie die behelsde een *incertum* en een stipulatie die behelsde een *certum* (zie p. 398): ‘*Ils ont écrit indifféremment actio ex stipulatu ou bien agere ex stipulatu à l’égard de la stipulatio certi aussi bien qu’à celle d’un incertum.*’ Zie over deze kwestie Kaser 1971 (RP I), p. 542, nt. 47 (§ 128).

⁸⁸⁴ Kaser gaf enkel het begin van de *formula*. Zijn voorbeeld eindigde met ‘*propter ...*’ Zie Kaser 1969, p. 182 (= Kaser 1970, p. 404). In lijn met zijn theorie ga ik er van uit dat Kaser bedoelde dat de tweede helft van de *formula* overeenkwam met de formulering van de *actio Serviana*, zoals die luidde vanaf ‘*propter*’.

neque eo nomine satisfactum esse neque per Aulum Agerium stare quo minus solvatur, quidquid ob eam rem Numerium Negidium Lucio Titio dare facere oportet usque ad id, quod Lucius Titius debet a Aulo Agerio, eius, iudex, Numerium Negidium Aulo Agerio condemnata; si non parerit, absolve.

dat die schuld niet betaald is, noch voor die schuld voldoening is gegeven en dat het niet aan Aulus Agerius heeft gelegen dat er niet is betaald, moet Gij, rechter, Numerius Negidius jegens Aulus Agerius veroordelen tot al datgene wat Numerius Negidius aan Lucius Titius behoort te geven of te doen ten hoogste tot het bedrag dat Lucius Titius Aulus Agerius schuldig is⁸⁸⁵; indien het gestelde niet komt vast te staan, moet Gij hem vrijspreken.

De kern van de *formula* was naar mijn mening de actie uit stipulatie. De praetor gaf de volgende *formula*, indien sprake was van een stipulatie die inhield de belofte een *incertum* te geven.⁸⁸⁶

Gaius' *Instituten* 4,136

Item admonendi sumus, si cum ipso agamus qui incertum promiserit, ita nobis formulam esse propositam, ut praescriptio inserta sit formulae loco demonstrationis hoc modo: IUDEX ESTO. QUOD AULUS AGERIUS DE NUMERIO NEGIDIO INCERTUM STIPULATUS EST, CUIUS REI DIES FUIT, QUIDQUID OB EAM REM NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO DARE FACERE OPORTET et reliqua.

Verder moeten wij ons realiseren dat als wij procederen tegen iemand die iets onbepaalds heeft beloofd, de *formula* die het Edict ons in het vooruitzicht stelt er aldus uitziet: de clausule-vooraf wordt in de *formula* ingevoegd en wel op de plaats van de beschrijving van de feitelijke toedracht. De tekst luidt dan als volgt: X ZIJ RECHTER. OMDAT AULUS AGERIUS VAN NUMERIUS NEGIDIUS IETS ONBEPAAKDS BEDONGEN HEEFT, VAN WELKE ZAAK DE TERMIJN VERVALLEN IS, TOT AL DATGENE WAT NUMERIUS NEGIDIUS DES-WEGE AAN AULUS AGERIUS BEHOORT TE GEVEN EN VOOR HEM TE DOEN enzovoorts.

⁸⁸⁵ De pandhouder mocht de hem verpande vordering enkel innen tot het bedrag dat de pandgever hem schuldig was, zie § 10.1 (met name p. 268 en verder). Alexander Severus schreef immers aan de pandhouder dat de schuldenaar '*utilibus actionibus satis tibi facere usque ad id, quod tibi debet a creditore eius probaveris, compelletur, quatenus tamen ipse debet*', oftewel dat de schuldenaar 'met *actiones utiles* zal worden gedwongen aan u [oftewel aan de pandhouder, verklaring AJHS] te voldoen ten belope van de som die zijn schuldeiser, naar u bewezen hebt, aan u is verschuldigd, zulks echter tot het bedrag dat hij zelf schuldig is.' Zie C. 8,16(17),4. Zie voor de tekst van C. 8,16(17),4 hiervoor p. 7.

⁸⁸⁶ Zie over deze *formula* Lenel 2010 (onveranderde herdruk 1927) p. 151 en verder (§ 55). Lenel twijfelde over de formulering van de *condemnatio* van deze *formula*. Gaius vermeldde de *formula*, maar liet de afsluiting van de *condemnatio* achterwege. In een ander fragment deelde Gaius zijn studenten mede dat de *condemnatio* tot een onbepaald bedrag twee varianten kende. De eerste variant kwam neer op een veroordeling tot al dat Numerius Negidius wegens deze zaak aan Aulus Agerius moest geven of doen. De tweede variant luidde hetzelfde, maar in die variant bevatte de *formula* een maximum, zie Gaius' *Instituten* 4,51.

Deze *formula* heb ik zo aangepast dat de persoon ten gunste van wie de rechter de gedaagde moest veroordelen een andere persoon was dan de persoon, die in de *intentio* voorkwam. De veroordeling vond niet plaats ten gunste van de pandgever, maar ten gunste van de pandhouder. In de vorige paragraaf liet ik zien dat bij het formuleren van analoge acties de praetor regelmatig gebruik maakte van een techniek die erop neer kwam dat hij in de *intentio* een ander noemde dan in de *condemnatio*.⁸⁸⁷

Verder bevatte de *formula* naar mijn mening een aantal elementen uit de *actio Serviana*. De *actio Serviana* noemde namelijk een aantal voorwaarden voor veroordeling, die ook van toepassing waren, indien een vordering was verpand. Zo moest zowel degene die een lichamelijke zaak verpand had gekregen, als degene die een vordering verpand had gekregen, bewijzen dat de vordering ter verzekering waarvan de verpanding had plaatsgevonden niet was voldaan, dat er niet anderszins voldoening was gegeven en dat de pandgever niet zelf in schuldeisersverzuim verkeerde. Deze voorwaarden voor veroordeling heb ik in mijn reconstructie overgenomen uit de *actio Serviana*.

In tegenstelling tot Kasers *formula*, houdt voor mijn reconstructie de gelijkenis met de *actio Serviana* hier op. Zo moest de pandhouder die de *actio Serviana* instelde, bewijzen dat de lichamelijke zaak, die inzet was van de procedure, hem was verpand. Kaser paste deze zinsnede op zo'n manier aan dat de pandhouder moest bewijzen dat wat Numerius Negidius aan Lucius Titius behoorde te geven of te doen, Aulus Agerius tot pand strekte vanwege een geldschuld. Deze formulering duidde op de verpanding van een toekomstige zaak, niet op de verpanding van een vordering, zoals ik reeds opmerkte naar aanleiding van de andere voorbeelden, die Kaser gaf.⁸⁸⁸ Indien de vordering van Lucius Titius op Numerius Negidius inhield dat Numerius Negidius een zaak moest geven aan Lucius Titius, dan bevond deze zaak zich tot de overdracht niet in het vermogen van de pandgever, Lucius Titius. Lucius Titius kon alleen zaken in pand geven, die zich in zijn vermogen bevonden. De verpanding van een zaak, die hij zelf nog moest verkrijgen, leverde geen pandrecht op vanwege zijn beschikkings-onbevoegdheid. Lucius Titius was pas bevoegd over de zaak te beschikken als hij de zaak had verkregen. Pas dan kon het pandrecht van Aulus Agerius een feit zijn. De *actio Serviana* bevatte niet voor niets de eis dat de verpande zaak zich ten tijde van het sluiten van de overeenkomst in het vermogen van Lucius Titius bevond. Aan deze eis was echter niet voldaan, indien de *formula* zo luidde als in Kasers reconstructie.

Mij lijkt dat de *formula* van de *actio utilis* zo was geformuleerd dat de pandhouder moest bewijzen dat de vordering, die hij door middel van de *actio*

⁸⁸⁷ Zie hiervoor § 9.4.2.

⁸⁸⁸ Zie hiervoor p. 245.

utilis wilde innen, hem was verpand. Voor de reconstructie van de *formula* heb ik aansluiting gezocht bij de bronnen. De Romeinse juristen spraken over het in pand geven van de '*nomen debitoris*', de naam van de schuldenaar.⁸⁸⁹ Zo begon de constitutie van Alexander Severus met de woorden: '*Nomen quoque debitoris pignerari*', en zei Paulus: '*Si convenerit, ut nomen debitoris mei pignori tibi sit.*'⁸⁹⁰ In aansluiting op deze teksten denk ik dat de pandhouder moest bewijzen dat tussen Aulus Agerius en Lucius Titius was overeengekomen dat de vordering op de schuldenaar aan Aulus Agerius in pand was gegeven.

Mijn reconstructie bevat niet de zinsnede, die de rechter de opdracht gaf te onderzoeken of de zaak in het vermogen van de pandgever viel op het moment van de verpanding. De rechter moest namelijk het bestaan van de verpande vordering onderzoeken. In het voorbeeld hield dit onderzoek in dat hij moest nagaan of Lucius Titius zich door Numerius Negidius een *incertum* had laten beloven. Met het bestaan van deze vordering was gegeven dat de vordering aan Lucius Titius toekwam. Vervolgens moest de rechter onderzoeken of de vordering van Lucius Titius op Numerius Negidius was verpand aan de eiser. Hij deed dit door te onderzoeken of tussen Aulus Agerius en Lucius Titius was overeengekomen dat de vordering op Numerius Negidius Aulus Agerius in pand gegeven was. Het bewijs dat de verpande vordering bestond en toekwam aan Lucius Titius en het bewijs dat het diezelfde Lucius Titius was, die de vordering had verpand, maakte dat een aparte clausule niet nodig was waarin de rechter de opdracht kreeg om te onderzoeken of de vordering in het vermogen van de pandgever viel op het moment van de verpanding.⁸⁹¹

⁸⁸⁹ Zie § 6.2.

⁸⁹⁰ Zie C. 8,16(17),4: '*Nomen quoque debitoris pignerari et generaliter et specialiter posse pridem placuit. quare si debitor is satis non facit, cui tu credidisti, ille, cuius nomen tibi pignori datum est, (...)*' Zie voor de volledige tekst van dit fragment hoofdstuk 1. Zie verder D. 20,1,13,2: '*Et verum est, quod Pomponius libro septimo ad edictum scribit, si quidem pecuniam debet is, cuius nomen pignori datum est, (...)*' Zie voor het volledige fragment p. 142. Zie tenslotte D. 13,7,18pr.: '*Si convenerit, ut nomen debitoris mei pignori tibi sit, (...)*' Zie voor het volledige fragment p. 8.

⁸⁹¹ Verschillende complicaties waren denkbaar. Ten eerste kon het zo zijn dat de pandgever een ander was dan de schuldenaar ter verzekering van wiens schuld de verpanding had plaatsgevonden. Wat betreft de *formula* leverde een dergelijk geval geen probleem op. Hetgeen de eiser – de pandhouder – moest bewijzen bleef hetzelfde, namelijk het bestaan van de verpande vordering en de verpanding. De formulering behoeft in dat opzicht geen aanpassing. Het zou zo kunnen zijn geweest dat de praetor in een dergelijk geval de clausule, die de rechter opdracht gaf te onderzoeken of de verpanding plaats had gevonden ter verzekering van een schuld, zo aanpaste dat daar niet in het algemeen stond dat de vordering op Numerius Negidius Aulus Agerius als pand gegeven was wegens een schuld, maar meer specifiek wegens een schuld van, bijvoorbeeld, Blasius. Noodzakelijk was volgens mij een dergelijke aanpassing echter niet. Ten tweede kon het, bijvoorbeeld, zo zijn dat Lucius Titius zijn actie tegen Numerius Negidius voor de verpanding had verkocht aan een ander. In dat geval viel de vordering nog steeds in het vermogen van Lucius Titius, zo legde ik uit in § 3.5. Cessie van een vordering kende het Romeinse recht niet. De praetor

Verder schreef ik reeds dat in de *actio utilis* van de pandhouder geen plaats was voor de *clausula arbitraria* die de *actio Serviana* bevatte naar aanleiding waarvan de rechter toetste of de zaak voor het eindvonnis was teruggegeven.⁸⁹² De *actio Serviana* bevatte deze clausule om te bewerkstelligen dat de pandhouder het bezit van de verpande zaak verkreeg. Hij kon dit bezit opeisen van eenieder die de verpande zaak onder zich had. Indien echter de verpande zaak geen lichamelijke zaak was, maar een vordering, dan was het geval wezenlijk anders. De pandhouder kreeg de *actio utilis* om de verpande vordering te innen. Opeisen van bezit was niet aan de orde, omdat bezit van een vordering onmogelijk was in het Romeinse recht.⁸⁹³ De *actio utilis* kon de pandhouder dan ook niet tegen eenieder instellen, maar enkel tegen de schuldenaar van de verpande vordering. Het was een persoonlijke actie.⁸⁹⁴ De *clausula arbitraria* kon geen rol spelen in de *actio utilis* van de pandhouder aan wie een vordering was verpand, omdat het opvorderen van de verpande zaak niet aan de orde was.

Ten slotte gaf de *formula* van de *actio Serviana* de rechter de opdracht de gedaagde te veroordelen tot zoveel geld als de verpande zaak waard was. Betrof de verpanding een lichamelijke zaak, dan lag een dergelijke veroordeling voor de hand. Zoals ik schreef, bleek uit de bronnen dat in geval van de verpanding van een vordering de pandhouder de *actio utilis* instelde tegen de schuldenaar van de verpande vordering om deze te innen. Als de schuldenaar van de verpande vordering vrijwillig betaalde aan de pandhouder, dan was een gang naar de praetor en de particuliere rechter niet nodig. Indien de pandhouder niet vrijwillig betaalde, dan gaf de praetor de pandhouder de *actio utilis* zodat de pandhouder van de schuldenaar kon eisen wat de schuldenaar de pandgever moest betalen. De praetor bereikte dat de pandhouder de betaling ontving door de *formula* van de actie te nemen die de pandgever zou hebben gehad met daarin de veroordelingsclausule uit deze *formula*. In geval van de verpanding van een vordering uit een stipulatie, zoals in het voorbeeld, leidde dit tot een veroordeling tot al datgene wat de gedaagde aan de pandgever behoorde te geven of voor hem behoorde te doen. Was de verpande vordering een vordering tot de betaling van een geldbedrag, dan veroordeelde de rechter de gedaagde tot de betaling van dit geldbedrag, als dit geldbedrag niet hoger was dan hetgeen de pandgever was verschuldigd aan de pandhouder. De pandhouder mocht de verpande vordering namelijk enkel innen

gaf weliswaar de koper van een vordering een *actio utilis* om deze vordering te innen, maar de directe actie bleef bij de schuldeiser. Natuurlijk was het onwenselijk dat deze schuldeiser de vordering inde, net zo min als het de bedoeling was dat hij deze verpandde. Het Romeinse recht kende een mechanisme om de koper te beschermen tegen dergelijke activiteiten, namelijk het doen van mededeling van zijn rechtspositie aan de schuldenaar van de betreffende vordering. Zie hiervoor hoofdstuk 8.

⁸⁹² Zie p. 247.

⁸⁹³ Zie hiervoor § 3.4.

⁸⁹⁴ Zie hiervoor p. 247 en verder.

tot het bedrag dat de pandgever hem schuldig was.⁸⁹⁵ Betrof de verpande vordering een geven of een doen, dan waardeerde de rechter de prestatie op een geldbedrag, omdat alle veroordelingen in het Romeinse recht veroordelingen waren tot de betaling van een geldbedrag.⁸⁹⁶

Een gevolg van de werkwijze van de praetor, zoals ik me die voorstel, was dat er niet één vaste *formula* bestond, die iedere pandhouder toekwam. De praetor nam de *formula* van de actie die de pandgever zou hebben gehad tegen zijn schuldenaar en paste deze aan. Had de pandgever een actie op grond van een *stipulatio*, dan paste de praetor de actie uit de *stipulatio* aan. Betrof het echter een koopovereenkomst, dan kreeg de pandhouder de *actio empti* in aangepaste vorm.

Het grote voordeel van deze werkwijze was dat de *formula* van de actie, die de pandhouder kreeg in ieder geval dezelfde voorwaarden bevatte als de actie van de pandgever. Die voorwaarden waren namelijk opgenomen in de *formula* van de desbetreffende actie. De situatie was in dat opzicht vergelijkbaar met hetgeen ik opmerkte ten aanzien van de *actio institoria* en de *actio exercitoria*.⁸⁹⁷ Net zoals met de *actio exercitoria* de eiser niet meer kon vorderen van de reder, dan hij zou hebben kunnen vorderen van de kapitein, gold in geval van verpanding van vorderingen dat de pandhouder niet meer kon eisen, dan de pandgever had gekund. Materieelrechtelijk mocht het voor de schuldenaar geen verschil maken dat de pandhouder de verpande vordering inde in plaats van de pandgever. Het was dan ook van belang dat de voorwaarden uit de *formula*, die de pandgever kon instellen, niet verloren gingen. Denk bijvoorbeeld wat betreft de actie op grond van een stipulatie aan het vereiste dat de vordering opeisbaar moest zijn.⁸⁹⁸ Dit vereiste ontbrak in Kasers reconstructie van de *formula* van de *actio utilis* in geval een vordering uit een stipulatie was verpand. Meer in het algemeen kan bijvoorbeeld gedacht worden aan het vereiste van de goede trouw. Kasers voorbeeld waarin een vordering uit bewaargeving was verpand, bevatte niet het vereiste van de goede trouw, ondanks het feit dat bewaargeving tot de overeenkomsten hoorde, die werden beheerst door de goede trouw.⁸⁹⁹

Een ander voorbeeld van een *formula* waarin het vereiste van de goede trouw was opgenomen, was de *formula* van de *actio venditi*, de actie van de verkoper. De verkoper kon door het instellen van deze actie onder meer de koopprijs

⁸⁹⁵ Zie hiervoor nt. 885 en hierna p. 268 en verder.

⁸⁹⁶ Zie over de waardering van de prestatie volgende uit een stipulatie inhoudende een *incertum* Medicus 1962, p. 219 en verder.

⁸⁹⁷ Zie p. 221.

⁸⁹⁸ Zie hiervoor p. 260. De *formula* bevatte de eis dat de termijn van de zaak moest zijn vervallen: '*rei dies fuit*.'

⁸⁹⁹ Zie Gaius' *Instituten* 4,62. Zie Lokin/Brandsma 2016, p. 273 (V43).

vorderen. Stel dat Appius aan Blasius een slaaf had verkocht, dan luidde de *formula* van de *actio venditi* als volgt.⁹⁰⁰

Quod Appius Blasio hominem qua de re agitur vendidit, quidquid ob eam rem Blasium Appio dare facere oportet ex fide bona, eius iudex Blasium Appio condemnata, si non paret, absolve.

Gezien het gestelde feit dat Appius aan Blasius de slaaf waarover geageerd wordt, heeft verkocht, moet Gij, rechter, Blasius jegens Appius veroordelen tot al datgene wat Blasius deswege jegens Appius op grond van de goede trouw behoort te geven of te doen; als het gestelde feit niet komt vast te staan, moet Gij hem vrijspreken.⁹⁰¹

Stel nu dat Appius zijn vordering tot betaling van de koopprijs verpandde aan Cassius. Appius kwam vervolgens zijn verplichtingen jegens Cassius niet na en Cassius wilde de verpande vordering met de hulp van de praetor innen. In dat geval was sprake van de volgende driehoeksverhouding:

* = Vordering ter verzekering waarvan het pandrecht was gevestigd.

De *actio utilis* luidde, denk ik, als volgt:

X iudex esto. Quod Appius Blasio hominem qua de re agitur vendidit, si paret inter Cassium et Appium convenisse, ut id nomen Blasio Cassio pignori datum esset propter x milia sestertia debita eaque neque soluta neque eo nomine satisfactum esse neque

X zij rechter. Gezien het gestelde feit dat Appius aan Blasius de slaaf waarover wordt geageerd, heeft verkocht, en indien komt vast te staan dat tussen Appius en Cassius overeengekomen is dat de vordering op Blasius Cassius in pand is gegeven wegens een schuld van tienduizend sestertiën, dat die schuld niet is betaald noch voor die schuld voldoening is gegeven en dat het niet aan Cassius

⁹⁰⁰ Zie Lenel 2010 (onveranderde herdruk 1927), p. 299 (§ 110) voor de *formula* van de *actio venditi*.

⁹⁰¹ Deze vertaling is deels gebaseerd op Feenstra's vertaling van de *formula* van de *actio empti*, zie Feenstra 1994, p. 306 (Bijlage bij hoofdstuk XX, nr. XI).

per Cassium stare quo minus solvatur, quidquid ob eam rem Blasium Appio dare facere oportet ex fide bona usque ad id, quod Appius deberi a Cassio, eius, iudex, Blasium Cassio condemna, si non paret, absolve.

heeft gelegen dat er niet is betaald, moet Gij, rechter, Blasius jegens Cassius veroordelen tot al datgene wat Blasius deswege jegens Appius op grond van de goede trouw behoort te geven of te doen ten hoogste tot het bedrag dat Appius aan Cassius schuldig is; indien het gestelde niet komt vast te staan, moet Gij hem vrijspreken.

De praetor bereikte dat de pandhouder de verpande vordering inde onder dezelfde voorwaarden als waaronder de pandgever deze zou hebben kunnen innen door uit te gaan van de actie die de pandgever had tegen de schuldenaar van de verpande vordering. De praetor liet vervolgens een verwisseling van personen plaatsvinden, net zoals in de *actio institoria* en de *actio exercitoria*. Het verschil is dat de verwisseling in geval van de *actio institoria* en de *actio exercitoria* inhield dat een ander tot betaling werd veroordeeld, dan de partij die in de *intentio* was genoemd als contracterende partij, terwijl in de actie van de pandhouder aan wie een vordering was verpand de verwisseling erop neer kwam dat de veroordeling plaatsvond ten gunste van een ander dan degene die in de *intentio* als schuldeiser was genoemd.

De praetor verzekerde zo bovendien dat duidelijk was hoe de elementen uit de *formula* moesten worden geïnterpreteerd, namelijk net zoals in de andere gevallen waarin de betreffende actie werd gegeven. De praetor zorgde op deze wijze voor een uniforme interpretatie van de elementen die hetzelfde waren als in de actie van de pandgever. Indien een geschil ontstond over de uitleg van één van die elementen, dan konden de ervaringen met en de commentaren op de directe actie uitkomst bieden. Als de praetor ervoor zou hebben gekozen los van deze directe actie een actie te ontwerpen voor de pandhouder, dan was het de vraag of de interpretatie van deze nieuw ontworpen actie tot hetzelfde materieelrechtelijke resultaat leidde. Lenels waarschuwing dat de consistentie van het rechtssysteem in gevaar zou komen in geval van een dergelijke werkwijze geldt hier onverkort.⁹⁰²

⁹⁰² Zie hiervoor p. 221.

Hoofdstuk 10

Pignus nominis: verhaal

Zodra de pandhouder de verpande vordering had geïnd, kon de pandhouder zich verhalen op het geïnde. Op welke wijze de pandhouder genoegdoening verkreeg, hing af van de aard van het geïnde. Betrof het geïnde een geldbedrag, dan verrekende de pandhouder het geïnde met de gesecureerde vordering. Betrof het geïnde een lichamelijke zaak, dan verkreeg de pandhouder deze in de plaats van het pand. Beide gevallen licht ik toe.

10.1 Het geïnde was een geldbedrag: verrekening

Indien het geïnde een geldsom betrof, verrekende de pandhouder het geïnde met de vordering ter verzekering waarvan de verpanding had plaatsgevonden. Verschillende Romeinse juristen berichtten ons over de gang van zaken. Zo gaf Paulus een voorbeeld waarin de pandgever het volgende aan de pandhouder uitlegde: *‘ergo si id nomen pecuniarium fuerit, exactam pecuniam tecum pensabis’*, oftewel ‘als de vordering op geld luidt, kunt u derhalve de verkregen geldsom verrekenen met uw vordering op mij’.⁹⁰³ Marcianus merkte hetzelfde op: *‘si quidem pecuniam debet is, cuius nomen pignori datum est, exacta ea creditorem secum pensaturum’*, hetgeen Spruit c.s. als volgt vertaalde: ‘als iemand geld verschuldigd is en de vordering op hem in pand gegeven is, zal de [tweede] schuldeiser dit bedrag na inning met zichzelf verrekenen.’⁹⁰⁴

Het verrekenen leverde geen moeilijkheden op, indien zowel de verpande vordering, als de vordering ter verzekering waarvan de verpanding had plaatsgevonden, strekte tot de betaling van een geldbedrag. Indien de vordering ter verzekering waarvan de verpanding had plaatsgevonden echter niet zag op de betaling van een geldbedrag, dan moest de prestatie worden gewaardeerd, zodat duidelijk was voor welk bedrag de pandhouder zich mocht verhalen op het geïnde. De Romeinen hadden ruime ervaring met het waarderen van prestaties, omdat alle

⁹⁰³ Zie D. 13,7,18pr. Zie voor het volledige fragment hiervoor p. 8.

⁹⁰⁴ Zie D. 20,1,13,2. Zie voor het volledige fragment hiervoor p. 142.

veroordelingen de betaling van een geldsom inhielden.⁹⁰⁵ De waardering van de prestatie die in het geding was, de *litis aestimatio*, vond in bepaalde gevallen zelfs plaats door de eiser onder ede te laten verklaren hoeveel de te leveren prestatie hem waard was. Deze werkwijze bood de eiser de mogelijkheid om de waarde van, bijvoorbeeld, de te leveren lichamelijke zaak aan de hoge kant in te schatten.⁹⁰⁶ De prestatie, die moest worden gewaardeerd, was niet het object van de verpande vordering – de verpande vordering betrof hier immers de betaling van een geldbedrag –, maar het object van de gesecureerde vordering. Het gevolg van de wijze waarop de waarde van het object van de gesecureerde vordering werd vastgesteld, was dat het voor de pandgever aanlokkelijk was om de gesecureerde vordering tijdig na te komen, zodat de pandhouder niet overging tot executie van zijn pandrecht.

Waardering van de prestatie was echter niet nodig, indien beide vorderingen strekten tot de betaling van een geldbedrag, dat wil zeggen zowel de gesecureerde, als de verpande vordering waren vorderingen die de betaling van een geldbedrag inhielden. Drie gevallen waren denkbaar.

Ten eerste konden de bedragen die waren verschuldigd aan elkaar gelijk zijn. De pandhouder kon in dit geval het geïnde verrekenen met de schuld, die de pandgever aan hem had.

Ten tweede was denkbaar dat het geldbedrag dat de schuldenaar/pandgever zijn schuldeiser, de pandhouder, schuldig was, hoger was dan het bedrag dat de schuldenaar van de verpande vordering moest betalen. In dit laatste geval leidde uitoefening van het zekerheidsrecht door de pandhouder er slechts ten dele toe dat genoegdoening werd verkregen voor de gesecureerde vordering.

Ten derde kon het zo zijn dat de gesecureerde vordering de betaling behelsde van een geldbedrag dat lager was dan het bedrag dat de schuldenaar van de verpande vordering was verschuldigd aan zijn schuldeiser, de pandgever. In dit geval mocht de pandhouder de verpande vordering slechts innen tot het bedrag dat de pandgever hem schuldig was. Keizer Alexander Severus schreef namelijk dat de schuldenaar van de verpande vordering met aangepaste acties werd gedwongen aan de pandhouder te betalen tot het bedrag dat de pandhouder kon vorderen van zijn schuldenaar, de pandgever.⁹⁰⁷

Het nadeel van deze constructie was dat de schuldenaar van de verpande vordering deels aan de pandhouder moest betalen en deels aan zijn schuldeiser, de pandgever, indien hij een hoger bedrag schuldig was aan de pandgever, dan de pandgever schuldig was aan de pandhouder. De schuldenaar moest in dat geval meer moeite doen om zijn schuld geheel te betalen. Dit nadeel werd echter

⁹⁰⁵ Zie bijvoorbeeld Gaius' *Instituten* 4,48. Zie hiervoor p 29.

⁹⁰⁶ Zie D. 6,1,68. Zie Lokin/Brandsma 2016, p. 49 (P11).

⁹⁰⁷ Zie C. 8,16(17),4. Zie voor de tekst van de constitutie p. 1. Zie over deze kwestie bijvoorbeeld Zwolfe 2014, p. 522 en verder.

gecompenseerd door het voordeel dat de pandhouder niet meer ontving dan waar hij recht op had. De belangen van de pandhouder waren voldoende veilig gesteld, indien hij de vordering mocht innen tot het bedrag dat de pandgever hem schuldig was. Het zekerheidskarakter maakte het niet nodig meer te innen. Meer innen zou bovendien nadelig zijn voor de pandgever. Als de pandhouder de volledige vordering zou mogen innen, dan moest de pandgever vervolgens het overschot zien te verkrijgen van de pandhouder. Een volledige betaling aan de pandhouder kon bijvoorbeeld nadelig zijn voor de pandgever, indien de pandhouder na het innen van de gehele verpanding vordering insolvent werd. De pandgever liep dan het risico dat hij niets of maar een klein deel van het overschot ontving, indien het geïnde inmiddels was vermengd met het geld van de pandhouder. Het Romeinse recht voorkwam dat de pandgever dit risico liep door de pandhouder de verpande vordering slechts te laten innen tot het bedrag dat de pandgever hem schuldig was. Deze beperking voorkwam, bijvoorbeeld, dat de pandgever zijn schuldeiser – de pandhouder – moest verzoeken om de vestiging van een pandrecht bij voorbaat ter afdekking van het risico dat hij liep. Zwolve schreef het volgende.

‘De pandgever had het insolventierisico van de debiteur van de door hem verpande geldvordering geaccepteerd door aan hem, bijvoorbeeld, een geldlening te verstrekken en hij had wellicht zelfs ter verzekering van dat risico een zekerheidsrecht bedongen op één of meer van de vermogensbestanddelen van zijn debiteur. Als nu de pandnemer bevoegd zou zijn geweest tot inning van de *gehele* verpande schuld (inclusief dus óók een eventuele overwaarde), zou die schuld *in haar geheel* – en dientengevolge óók het zekerheidsrecht dat tot zekerheid daarvan was gevestigd – teniet zijn gegaan en, indien er een overschot was dat aan de pandnemer was uitgekeerd, zijn vervangen door een in beginsel *ongedekte* vordering op een *andere* debiteur (de pandnemer). De pandgever zou zich tegen het insolventierisico van deze nieuwe debiteur (de pandnemer) slechts hebben kunnen indekken door, bij de vestiging van het pandrecht, bij voorbaat een zekerheidsrecht te vestigen op één of meer van de vermogensbestanddelen van zijn *crediteur*, tot zekerheid van een voorwaardelijke vordering tot uitkering van een overschot. Door de inningsbevoegdheid van de pandnemer bij geldvorderingen te beperken tot de hoogte van zijn vordering op de pandgever⁹⁰⁸ werd een dergelijke verschuiving van het insolventierisico vermeden en behield de pandgever, voor wat betreft het overschot, zijn (eventueel verzekerde) vordering op de (oorspronkelijke) debiteur van de verpande vordering.’⁹⁰⁹

⁹⁰⁸ Zwolve schreef pandnemer, maar gelet op de context moet hier mijns inziens staan ‘pandgever’.

⁹⁰⁹ Zie Zwolve 2014, p. 523-524. Zwolve was twee decennia eerder nog een andere mening toegedaan, zie Zwolve 1983, p. 717: ‘In werkelijkheid treedt bij de verpanding van vorderingen tot het betalen van een geldsom een mechanisme in werking, dat bij verpanding van anderssoortige vorderingen niet plaatsgrijpt: het verbod van *lex commissoria* (...) werkt hier niet! De pandhouder van een vordering tot het betalen van een geldsom eigent zich de vordering van zijn debiteur toe en hij kan dit doen omdat hij het geïnde als het zijne mag beschouwen: hij houdt het niet voor de pandgever, maar verkrijgt het voor

De beperking dat de pandhouder de verpande vordering slechts gedeeltelijk mocht innen, doet denken aan een geval waarin sprake was van meerdere schuldeisers, die elk de schuldenaar voor een bepaald deel konden aanspreken. Naar Romeins recht was de verbintenis te delen onder de schuldeisers als het een deelbare verbintenis, zoals een geldvordering, betrof. Er ontstonden dan evenveel verbintenissen als er schuldeisers waren.⁹¹⁰ Een dergelijke deling lijkt mij in geval van de verpanding van een vordering niet aan de orde te zijn geweest. De pandgever hield niet op schuldeiser te zijn door de verpanding van de vordering. De gehele vordering was en bleef zijn vordering.

De verpanding leidde er toe dat de pandhouder een pandrecht had gekregen. Het pandrecht betrof de gehele vordering. De omvang van een zekerheidsrecht was in het Romeinse recht niet afhankelijk van de omvang van de vordering ter verzekering waarvan het zekerheidsrecht was gevestigd.⁹¹¹ De pandhouder mocht diens gevolg, bijvoorbeeld, in een faillissement van de schuldenaar van de verpande vordering de gehele verpande vordering indienen ter verificatie en niet slechts tot het bedrag dat de pandgever hem schuldig was.⁹¹² Verpanding van een vordering leidde niet tot deling van de vordering, maar leidde ertoe dat een ander dan de schuldeiser inningsbevoegd was, indien aan bepaalde voorwaarden was voldaan. Het pandrecht betekende dat de schuldenaar van de verpande vordering niet bevrijdend kon betalen aan de pandgever, zodra hem mededeling was gedaan van de verpanding. Vanaf dat moment kon hij enkel nog bevrijdend betalen aan de pandhouder. De pandhouder kon tot een bepaald bedrag betaling van de verpande vordering eisen in plaats van de pandgever. De schuldenaar van de verpande vordering moest de pandgever afweren, indien de pandgever desalniettemin betaling eiste. De pandgever was niet langer inningsbevoegd, ook niet voor het deel van de schuld dat de vordering te boven ging, die de pandgever op hem had. De hele vordering was namelijk verpand en diende als zekerheid voor de pandhouder zo lang zijn pandrecht bestond. Pas als het pandrecht teniet was gegaan, kon de voormalig pandgever betaling vorderen van de schuldenaar van de vordering, die verpand was geweest. Indien de pandhouder in de tussentijd een deel van de verpande vordering had geïnd, dan restte de pandgever slechts een deel van de vordering.⁹¹³ Wellicht is het goed op te merken dat de procesovereenkomst, de *litis contestatio*, gesloten door de pandhouder die een deel van

zichzelf. Wanneer hij van de debiteur der in pand gegeven vordering méér ontvangt dan zijn vordering op de pandgever waard is, is hij slechts gehouden aan de pandgever dit meerdere (het *superfluum*) uit te keren.'

⁹¹⁰ Zie hierover Kaser 1971 (RP I), p. 656 (§ 154).

⁹¹¹ Zie Out 2005, p. 15.

⁹¹² Zie Dernburg/Sokolowski 1911, p. 531 (§ 255) en Zwolfe 2014, p. 523.

⁹¹³ Niet alleen het pandrecht stond in de weg aan een gedeeltelijke inning door de pandgever. Stel dat de pandgever eerst het deel inde, dat de vordering van de pandhouder op hem te boven ging en later het restant in rechte, dan had de pandgever een procesrechtelijk

de vordering inde, niet de gehele vordering teniet deed gaan. De consumerende werking van de *litis contestatio* betekende niet dat de hele vordering tenietging in geval van een gedeeltelijke tegeldemaking.⁹¹⁴

Onder meer Kaser meende dat de pandhouder de hele vordering mocht innen, ook indien inning van de verpande vordering hem meer opleverde dan het bedrag waar hij recht op had op grond van de gesecureerde vordering. Kaser was van mening dat de pandhouder verplicht was een eventueel overschot af te geven aan de pandgever of aan een lager gerangschikte pandhouder als die er was. Hij wees naar de verplichting die rustte op een pandhouder, die een lichamelijke zaak in pand had gekregen. Voor Kaser was de analogie met de verpanding van een lichamelijke zaak het doorslaggevende argument om aan te nemen dat de pandhouder de gehele vordering inde en niet slechts het deel van de vordering dat overeenkwam met hetgeen de pandgever hem was verschuldigd:

*‘Dass er das kann, folgt m.E. aus der Analogie zum Sachpfand. Das satis tibi facere usque ad id, quod tibi deberi a creditore eius probaveris in C. 8,16,4 cit. betrifft den endgültigen Befriedigungserfolg, nicht den Umfang derjenigen Leistung, die der Pfandgläubiger vom Drittschuldner fordern darf.’*⁹¹⁵

Er bestond echter één groot verschil tussen de executie van een pandrecht op een lichamelijke zaak en de executie van het *pignus nominis*. Het was onmogelijk de verpande zaak slechts deels te verkopen op het moment dat het aankwam op de executie van een pandrecht op een lichamelijke zaak. Een lichamelijke zaak was ondeelbaar. Een geldvordering was daarentegen deelbaar.

Een ander argument dat Kaser gebruikte, was afkomstig van Wubbe. Volgens Wubbe duidde het gebruik van het werkwoord *satisfacere* erop dat Alexander Severus niet zozeer de inningsbevoegdheid van de pandhouder beperkte tot het bedrag dat de pandgever hem schuldig was, maar dat de pandhouder genoegdoening moest krijgen enkel tot het bedrag dat de pandgever hem schuldig was. De pandhouder moest volgens Wubbe de gehele verpande vordering innen door de schuldenaar van de verpande vordering aan te spreken met de *actio utilis*. De pandhouder verkreeg vervolgens genoegdoening door het

probleem, indien hij beide delen van de vordering in hetzelfde jaar probeerde te innen. Hij liep dan namelijk aan tegen de *exceptio litis dividuae*. Deze exceptie leidde ertoe dat niemand in twee delen één vordering kon innen gedurende het ambtsjaar van de praetor. Zie Gaius' *Instituten* 4,122. De exceptie was een opschortende exceptie. Het resterende deel van de vordering bleef bestaan, maar kon pas met succes worden gevorderd zodra er een nieuwe praetor was.

⁹¹⁴ Zie Kaser 1971 (RP I), p. 656, nt. 5 (§ 154). De *exceptio litis dividuae*, die ik in de vorige noot noemde, kon enkel bestaan, indien het tot de mogelijkheden behoorde een vordering in delen te gelde te maken.

⁹¹⁵ Zie Kaser 1969, p. 186, nt. 59 (= Kaser 1970, p. 406, nt. 59).

geïnde te verrekenen met de schuld van de pandgever ter verzekering waarvan het pandrecht was gevestigd. Wubbe schreef in dit kader:

*‘Der Forderungspfandgläubiger kann die ganze Forderung einziehen; er kompensiert, indem er die erhaltene Summe mit seiner Forderung ausgleicht, den Überschuß herausgibt, bzw. aus das reliquum einen Anspruch behält. Dem Bild des Abwägens entspricht diese Vorstellung wohl am besten; sie hat außerdem den Vorzug, daß sie die Forderung als ein unteilbares Ganzes erfaßt.’*⁹¹⁶

Wubbe baseerde zijn standpunt op het gebruik van het werkwoord *satisfacere*. Hij vroeg zich met betrekking tot de constitutie van Alexander Severus af of:

*‘man den offensichtlichen Gegensatz solvere-satisfacere vernachlässigen darf.’*⁹¹⁷

Het werkwoord *satisfacere* heeft weliswaar een bredere betekenis dan het werkwoord *solvere*, maar gelet op de context meen ik dat in dit geval Alexander Severus wel degelijk bepaalde dat de pandhouder de vordering enkel mocht innen tot het bedrag dat de pandgever hem schuldig was.⁹¹⁸ Ik herhaal hier de betreffende constitutie:

⁹¹⁶ Zie Wubbe 1958, p. 146.

⁹¹⁷ Zie Wubbe 1958, p. 146.

⁹¹⁸ Zie Heumann & Seckel 1958, p. 526 (zie het lemma *satis*). Volgens Ankum en Hartkamp betekende *satisfacere* het volgende (Zie Ankum & Hartkamp 1973, p. 120): ‘bevredigen, betalen of het op andere wijze doen tenietgaan van een verbintenis, zekerheid stellen, hetzij d.m.v. borgen, hetzij d.m.v. een zakelijk zekerheidsrecht.’ De Romeinse juristen gebruikten het werkwoord *satisfacere* ook in gevallen waarin de schuldeiser op een andere wijze dan door betaling werd bevredigd. Niet voor niets vereiste de *actio Serviana* dat de pandhouder bewees dat de vordering ter verzekering waarvan het pand was gegeven niet was nagekomen, noch voor deze vordering voldoening was gegeven door gebruik te maken van de werkwoorden *solvere* en *satisfacere*. Het geven van genoegdoening op een andere wijze dan afgesproken kon alleen met instemming van de schuldeiser, tenzij sprake was van verrekening, hetgeen van rechtswege geschiedde. Ulpianus legde uit dat wie geen genoegdoening toestond, maar betaling verlangde, niets viel te verwijten, zie D. 20,6,6,1. Wubbe wees ter ondersteuning van de tegenstelling *solvere-satisfacere* op D. 13,7,9,3, een tekst van Ulpianus. Het fragment van Ulpianus luidt als volgt: ‘*Omnis pecunia exsoluta esse debet aut eo nomine satisfactum esse, ut nascatur pignoratitia actio. Satisfactum autem accipimus, quemadmodum voluit creditor, licet non sit solutum: sive aliis pignoribus sibi caveri voluit, ut ab hoc recedat, sive fideiussoribus sive reo dato sive pretio aliquo vel nuda conventionione, nascitur pignoratitia actio. Et generaliter dicendum erit, quotiens recedere voluit creditor a pignore, videri ei satisfactum, si ut ipse voluit sibi cavit, licet in hoc deceptus sit.*’ Vertaling: ‘Om de pandactie te doen ontstaan, moet het gehele bedrag voldaan zijn of moet er uit dien hoofde genoegdoening zijn gegeven. We nemen aan dat er genoegdoening is gegeven als dat is gebeurd zoals de schuldeiser het heeft gewild, ook al is er niet betaald; de actie uit de pandovereenkomst ontstaat, ongeacht of de schuldeiser gewild heeft dat hem zekerheid zou worden gegeven door middel van andere panden – met de bedoeling dat hij afstand zou doen van dit pand – dan wel door borgen, door het stellen van een nieuwe schuldenaar, door het geven van een bepaald bedrag of

C. 8,16(17),4 [A.D. 225]

Imp. Alexander A..., evocato. Nomen quoque debitoris pignerari et generaliter et specialiter posse pridem placuit. quare si debitor is satis non facit, cui tu credidisti, ille, cuius nomen tibi pignori datum est, nisi ei cui debuit solvit nondum certior a te de obligatione tua factus, utilibus actionibus satis tibi facere usque ad id, quod tibi deberi a creditore eius probaveris, compelletur, quatenus tamen ipse debet.

De doorluchtige keizer Alexander [Severus] aan ..., opnieuw opgeroepen veteraan. Ook de vordering op een schuldenaar kan zowel generaal als afzonderlijk worden verpand, zoals al eerder algemeen is aanvaard. Indien daarom de schuldenaar aan wie u geld hebt geleend, zijn verplichtingen niet nakomt, zal de schuldenaar van de vordering die aan u in pand is gegeven – tenzij hij aan zijn schuldeiser heeft betaald voordat hij door u op de hoogte was gebracht van het u toekomende vorderingsrecht – met aangepaste acties worden gedwongen aan u te voldoen ten belope van de som die zijn schuldeiser, naar u bewezen hebt, aan u is verschuldigd, zulks echter tot het bedrag dat hij zelf schuldig is.

Alexander Severus schreef dat de schuldenaar van de verpande vordering door middel van *actiones utiles* werd gedwongen te voldoen aan de pandhouder tot het bedrag waarvan de pandhouder had bewezen dat de pandgever het hem was verschuldigd. Alexander Severus zou niet hebben benadrukt dat de pandhouder moest bewijzen hoeveel de pandgever hem schuldig was tijdens de procedure waarin hij door middel van de *actio utilis* de verpande vordering inde, indien dit bewijs geen doel diende. Als de pandhouder de gehele verpande vordering mocht innen, dan zou het voldoende zijn geweest te bewijzen dat de vordering bestond ter verzekering waarvan het pandrecht was gevestigd. Bewijs van de precieze hoogte van de schuld van de pandgever was in dat geval niet van belang gedurende het proces tegen de schuldenaar van de verpande vordering. Pandgever en pandhouder moesten dan onderling het geïnde verdelen na inning van de gehele verpande vordering door de pandhouder. De schuldenaar van de verpande vordering stond hier buiten.

enkel door overeenkomst. In het algemeen zal men moeten stellen dat steeds als een schuldeiser afstand heeft willen doen van een pand, men er vanuit mag gaan dat er jegens hem genoegdoening is gegeven, indien hij zich zekerheid heeft verschaft op de manier die hij zelf gewild heeft, ook al is hij dienaangaande misleid.⁷ Ulpianus vroeg zich af wanneer de pandgever de verpande zaak terug kon vorderen van de pandhouder met de *actio pigneraticia*. Om zijn zaak terug te krijgen, moest de pandgever de schuld ter verzekering waarvan het pand was gevestigd hebben voldaan, of moest hij genoegdoening hebben gegeven. Het geven van genoegdoening, *satisfacere*, kon op verschillende manieren, zo blijkt uit deze tekst. Ulpianus ging bijvoorbeeld in op de vestiging van nieuwe zekerheidsrechten als wijze van genoegdoening. Zie voor een verdere bespreking van het fragment bijvoorbeeld Out 2005, p. 171.

10.2 Het geïnde was geen geldbedrag: het geïnde ‘*pignoris loco*’

Verrekenen was niet de aangewezen weg voor het krijgen van genoegdoening, indien de vordering zag op de verkrijging van een lichamelijke zaak. Betrof de verpande vordering het geven van een lichamelijke zaak, dan hield de pandhouder deze zaak in de plaats van het pand, *pignoris loco*.⁹¹⁹ Paulus schreef: ‘*si vero corporis alicuius, id quod acceperis erit tibi pignoris loco*’, oftewel ‘betrof de vordering echter een andere lichamelijke zaak, dan zult u dat wat u ontvangen hebt, tot pand hebben.’⁹²⁰ Marcianus schreef met een verwijzing naar Pomponius hetzelfde: ‘*si vero corpus is debuerit et solverit, pignoris loco futurum apud secundum creditorem*’, oftewel ‘maar als de betrokkene een lichamelijke zaak verschuldigd is en die ter betaling afgedragen heeft, zal deze bij wijze van pand bij de tweede schuldeiser zijn’.⁹²¹

De vraag is wat het betekende dat de pandhouder het geïnde *pignoris loco* hield. Letterlijk betekent *pignoris loco* in de plaats van het pand. Het geïnde nam de plaats in van het pand. De verpande vordering, het pand, bestond namelijk niet langer, omdat het innen van de verpande vordering tot gevolg had dat deze tenietging. De schuldenaar van de verpande vordering had bevrijdend betaald aan de pandhouder. De term *pignoris loco* komt op meerdere plaatsen voor in het *Corpus Iuris Civilis*. Deze plaatsen laten zien dat de term niet hoeft te betekenen dat de pandhouder een pandrecht kreeg op het geïnde. In verschillende teksten duidt de term *pignoris loco* op een retentierecht.⁹²² Zo schreef Ulpianus:

⁹¹⁹ Zie D. 13,7,18pr. en D. 20,1,13,2.

⁹²⁰ Zie D. 13,7,18pr. Zie voor het volledige fragment p. 8.

⁹²¹ Zie D. 20,1,13,2. Zie voor het volledige fragment p. 142.

⁹²² Naast de teksten die ik bespreek, gebruikte Marcianus de term *pignoris loco* in een fragment betreffende het beding van antichresis. Zie over antichresis Bobbink 2016. Indien een schuldeiser en een schuldenaar een beding van antichresis overeenkwamen, dan kreeg de schuldeiser de bevoegdheid een bepaalde zaak van de schuldenaar te gebruiken en daarvan de vruchten te trekken. Die vruchten kwamen in de plaats van de rente, die de pandgever als schuldeiser moest betalen over de verzekerde vordering. Zie D. 20,1,11,1: ‘*Si ἀντίχρησις facta sit et in fundum aut in aedes aliquis inducatur, eo usque retinet possessionem pignoris loco, donec illi pecunia solvatur, cum in usuras fructus percipiat aut locando aut ipse percipiendo habitandoque: itaque si amiserit possessionem, solet in factum actione uti.*’ Vertaling: ‘Als er een overeenkomst van antichresis gesloten is en de schuldeiser toegang krijgt tot het stuk grond of het huis, behoudt hij het bezit bij wijze van pand totdat hem het geld wordt betaald, omdat hij als rente de vruchten trekt, hetzij door het te verhuren, hetzij door zelf de vruchten te trekken en er te wonen. Indien hij het bezit verliest, pleegt hij daarom gebruik te maken van een op de feiten toegesneden actie.’ Het beding van antichresis konden partijen overeenkomen als nevenbeding bij een pandrecht, maar een beding van antichresis kon ook los van een pandrecht overeen worden gekomen. In het geval dat Marcianus beschreef, lijkt het beding van antichresis gesloten te zijn los van een pandrecht. Marcianus schreef namelijk dat de schuldeiser, die het bezit verloor

D. 21,1,31,8

Ulpianus, libro primo ad edictum aedilium curulium. Idem Marcellus ait non posse alterum ex dominis consequi actione ex empto, ut sibi pro parte venditor tradat, si pro portione pretium dabit: et hoc in emptoribus servari oportere ait: nam venditor pignoris loco quod vendidit retinet, quoad emptor satisfaciatur.

Ulpianus, Het edict van de curulische aedilen. Dezelfde Marcellus zegt dat één van de mede-eigenaren met de actie uit koop niet kan bereiken dat de verkoper aan hem gedeeltelijk levert, als hij de koopprijs voor zijn deel zal betalen. Dit behoort naar zijn zeggen ook in het geval van verscheidene kopers in acht genomen te worden. De verkoper houdt namelijk hetgeen hij verkocht heeft bij wijze van pand achter tot de koper hem genoegdoening verschaft.

Ulpianus beschreef het geval waarin één zaak werd gekocht door een aantal kopers gezamenlijk. Ulpianus meende dat de verkoper de verkochte zaak onder zich kon houden tot de koopprijs was voldaan. Hij hoefde de zaak niet af te geven aan één enkele koper, die bereid was zijn deel van de koopprijs te voldoen. Ulpianus concludeerde dat de verkoper de zaak bij wijze van pand achterhield tot de koper hem genoegdoening verschaft. Van een pandrecht met executiemogelijkheden was in dit geval geen sprake. De verkoper was eigenaar van de verkochte zaak en bleef dit tot hij deze zaak leverde. Zo min als het mogelijk was een pandrecht te hebben op een eigen zaak, net zo min was het mogelijk voor de kopers om een pandrecht te vestigen op een zaak die niet van hen was. Wij zouden concluderen dat de verkoper een retentierecht had.

Ook Paulus gebruikte de term *pignoris loco* in een geval waarin sprake was van een retentierecht:

D. 47,2,15,2

Paulus, libro quinto ad Sabinum. Sed eum qui tibi commodaverit, si eam rem subripiat, non teneri furti placuisse Pomponius scripsit, quoniam nihil tua interesset, utpote cum nec commodati teneris. Ergo si ob aliquas impensas, quas in rem commodatam fecisti, retentionem eius habueris, etiam

Paulus, Op Sabinus V. Maar degene die aan u een zaak in bruikleen gegeven heeft, is, als hij de zaak steelt, naar algemeen gevoelen niet aansprakelijk met de diefstalactie, schrijft Pomponius, aangezien u geen enkel belang hebt, daar u toch jegens hem ook niet wegens bruikleen aansprakelijk bent. Als u dus voor kosten die u voor de inbruikleen gegeven zaak gemaakt hebt, een recht van terughouding van de zaak zou hebben,

van de zaak die hij in gebruik had gekregen op grond van het beding van antichresis, kon ageren met een op de feiten toegesneden actie. Als de schuldeiser diezelfde zaak in pand zou hebben gehad, zou hij met de *actio Serviana* het bezit van de zaak hebben kunnen opeisen van een ieder, die de zaak onder zich had. Wat betreft de aard van het recht van de schuldeiser in het geval dat Marcianus beschreef, lijkt dientengevolge noch sprake te zijn van een pandrecht, noch van een retentierecht. De schuldeiser had een andersoortig recht ten aanzien van de zaak. Marcianus legde het recht zo uit dat de schuldeiser de zaak hield bij wijze van pand. Van een pandrecht was echter geen sprake en om die reden gebruikte Marcianus de woorden *pignoris loco*, in plaats van een pand.

cum ipso domino, si eam sub-
ripiat, habebis furti actionem, quia
eo casu quasi pignoris loco ea res
fuit.

hebt u tegen de eigenaar zelf, als hij die zaak
gestolen heeft, wél de diefstalactie, aangezien in
dat geval die zaak bij wijze van spreken de rol van
een pand vervulde.

Paulus behandelde een geval waarin een eigenaar, die zijn zaak in bruikleen had gegeven, de zaak zonder toestemming wegnam van de bruiklener. De vraag was of de bruiklener de diefstalactie kon instellen tegen de eigenaar. De bruiklener had recht op vergoeding van kosten, die hij had gemaakt voor de in bruikleen gegeven zaak. Normaal gesproken mocht de bruiklener de zaak onder zich houden totdat deze kosten hem waren vergoed. Hij had een retentierecht. Als de eigenaar het hem onmogelijk maakte dit retentierecht uit te oefenen door de zaak weg te nemen, dan kon de bruiklener tegen de eigenaar de diefstalactie instellen, zo concludeerde Paulus. Hij motiveerde zijn standpunt door te wijzen op de rol van de in bruikleen gegeven zaak. Volgens Paulus vervulde de zaak de rol van een pand. Hij verwees hiermee naar het retentierecht, dat de bruiklener niet langer kon invoeren, omdat de eigenaar hem de zaak had onttrokken. Paulus benadrukte dat het niet ging om een pandrecht door *pignoris loco* vooraf te laten gaan door het woord *quasi*.

Paulus gebruikte echter de term *quasi* niet toen hij schreef over de inning van een verpande vordering, die strekte tot het geven van een zaak. Een ander verschil met bovenstaande teksten is dat daar op geen enkel moment sprake was van een pandrecht. De verkoper en de bruiklener hadden nooit meer dan een retentierecht. Een pandhouder verloor daarentegen zijn *pignus nominis*, indien hij de verpande vordering inde. Hij verloor zijn positie als zekerheidsgerechtigde, indien hij geen pandrecht verloor op de ontvangen lichamelijke zaak. Paulus en Marcianus bedoelden op grond van dit verschil naar mijn mening met het *pignoris loco* in de teksten betreffende de inning van een verpande vordering dat in plaats van het tenietgegaane pandrecht van de pandhouder een nieuw pandrecht kwam en wel een pandrecht op het geïnde. In de plaats van het oude pand, de verpande vordering, kwam een nieuw pand, het geïnde. Een dergelijke uitleg van de fragmenten van Paulus en Marcianus past bovendien bij de economische functie, die het *pignus nominis* vervulde. Enkel een retentierecht op het geïnde hielp de pandhouder niet. Indien de pandhouder slechts een retentierecht kreeg op het geïnde, dan had hij weliswaar een positie ten aanzien van het geïnde, die maakte dat de pandgever een zekere druk voelde om de gesecureerde vordering na te komen, maar tegelijkertijd had hij niets in handen waarop hij zich kon verhalen, indien zijn schuldenaar, de pandgever, niet presteerde. Een retentierecht gaf hem niet de bevoegdheid om de geïnde lichamelijke zaak executoriaal te verkopen teneinde een geldbedrag in handen te krijgen dat hij kon gebruiken om zich te voldoen. Een pandrecht op de lichamelijke zaak gaf hem wel die bevoegdheid. In de plaats van zijn *pignus nominis* was een pandrecht op een lichamelijke zaak

ontstaan. Hij kon zich verhalen op het pand volgens de regels, die golden voor een pandrecht op een lichamelijke zaak.⁹²³

⁹²³ Zie § 4.3 over het pandrecht op een lichamelijke zaak.

Hoofdstuk 11

***Pignus nominis*: executie op een andere wijze dan door inning?**

De Romeinse juristen gaven aan dat de pandhouder de hem verpande vordering inde met behulp van de *actio utilis* en zich vervolgens verhaalde op het geïnde. De vraag is of de pandhouder ervoor kon kiezen om niet over te gaan tot het innen van de vordering om in plaats daarvan de vordering, bijvoorbeeld, te verkopen.⁹²⁴ Als de pandhouder deze bevoegdheid had, dan kon hij zich verhalen op hetgeen de executoriale verkoop van de vordering hem opleverde.

De bronnen zwijgen over de executoriale verkoop van een verpande vordering. Het stilzwijgen van de bronnen betekent echter niet per definitie dat een dergelijke verkoop was uitgesloten. Het zwijgen van de bronnen suggereert wel dat inning van een verpande vordering in beginsel de aangewezen weg was voor de pandhouder om zijn pandrecht uit te oefenen.

⁹²⁴ Deze vraag is uitvoerig behandeld door de Pandektisten in de negentiende eeuw, zie voor vindplaatsen Lioni 1885, p. 149 en verder. Lange tijd werd de discussie beheerst door C. 4,39,7. Krüger toonde echter in de jaren '80 van de negentiende eeuw aan dat de constitutie anders luidde dan tot dan toe gedacht, zie daarover hiervoor p. 77. De nieuwe lezing betekende echter dat C. 4,39,7 niet langer het standpunt ondersteunde dat de pandhouder de vordering executoriaal kan verkopen. Zie hierover bijvoorbeeld Brandsma 2013-1, p. 234-235: '*One of the texts used to argue the rights of the pledgee of a chose in action are the same as the rights of the pledgee of a chose in possession is C. 4,39,7. This constitutio, however, was read in a way differing from the Krüger-Mommsen edition. The text used reads: Impp. Diocletianus et Maximianus AA. Manaseae. Postquam eo decursum est, ut cautiones quoque debitorum pignori darentur, ordinarium visum est post nominis venditionem utiles emptori, sicut responsum est, vel ipsi creditori postulanti dandas actiones. If this were the text and one were to let the venditio nominis take place by the pledgee, the text would say the pledgee and the buyer of the chose in action can both bring the actio utilis. The text would then state a surprising state of things – is not the buyer in such a case the only one who ought to be able to bring the action? –, but it would also give the pledgee of a chose in action as his remedy in case of default by the debtor, his pledgor, the authority to sell the chose in action, venditio nominis, just like the pledgee of a chose in possession has the right to sell the thing pledged in case of default.*'

Ik ben van mening dat het voor een pandhouder mogelijk was om de verpande vordering te verkopen, indien hij deze mogelijkheid overeen was gekomen met de pandgever. Een dergelijk beding lijkt mij niet in strijd met het Romeinse rechtssysteem en dientengevolge meen ik dat een dergelijk beding de bevoegdheid opleverde voor de pandhouder om de verpande vordering te verkopen, indien aan de afgesproken voorwaarden was voldaan. De pandhouder had met name belang bij de mogelijkheid de verpande vordering executoriaal te verkopen, indien de verpande vordering niet opeisbaar was. De mogelijkheid bestond dat de verpande vordering niet opeisbaar was, terwijl reeds sprake was van wanprestatie wat betreft de nakoming van de geseceureerde vordering. De pandhouder kon in dat geval zijn pandrecht niet uitoefenen door de verpande vordering te innen. De enige mogelijkheid was de verkoop van de verpande vordering, zodat hij zich uit de verkoopprijs kon voldoen.

Een executoriale verkoop van de verpande vordering lijkt mij ten eerste niet in strijd met het rechtssysteem geweest te zijn, omdat de executoriale verkoop van een verpande zaak de wijze was waarop de pandhouder zijn pandrecht uitoefende indien een lichamelijke zaak was verpand. De Romeinen vonden het op een gegeven moment zo gewoon dat een lichamelijke zaak executoriaal mocht worden verkocht, dat een dergelijk beding werd verondersteld te zijn gesloten, ook als partijen niet expliciet waren overeengekomen dat de pandhouder de verpande zaak mocht verkopen.⁹²⁵

Wat betreft de verpanding van vorderingen vermoed ik dat een dergelijk beding niet impliciet werd aangenomen, omdat een verpande vordering op een andere wijze te gelde kon worden gemaakt, namelijk door deze te innen. In geval van de verpanding van een lichamelijke zaak behoorde dit niet tot de mogelijkheden. Het innen van de verpande vordering leidde bovendien in de regel tot een hogere opbrengst. Het is aannemelijk dat een executoriale verkoop van een vordering minder opbracht dan inning van die vordering. Een koper wilde – vóór invoering van de *lex Anastasiana* – niet het volle pond voor de vordering betalen, bijvoorbeeld vanwege een eventuele insolventie van de schuldenaar van de verpande vordering. Het eisen van een expliciet beding op grond waarvan de pandhouder tot de executoriale verkoop van de vordering mocht overgaan, was met name ter bescherming van de pandgever. Een zo hoog mogelijke opbrengst was namelijk niet alleen in het belang van de pandhouder. De pandhouder was tevreden, indien hij uit de verkoopprijs de verzekerde vordering kon voldoen. In dat geval interesseerde het hem niet dat hij een hogere opbrengst had kunnen verwerven door, bijvoorbeeld, de verpande vordering zelf te innen. De pandgever interesseerde het daarentegen wel degelijk dat de verpande vordering niet het hoogst haalbare opbracht.

⁹²⁵ Zie hiervoor § 4.3.

Ten tweede paste de executoriale verkoop van een vordering naar mijn mening in het Romeinse rechtssysteem gelet op de houding van de Romeinse juristen ten aanzien van het pandbeslag. Het pandbeslag was de wijze waarop vonnissen werden geëxecuteerd ten tijde van de cognitieprocedure.⁹²⁶ Pandbeslag op een vordering behoorde tot de mogelijkheden, indien er geen andere vermogensbestanddelen waren om beslag op te leggen:

D. 42,1,15,8

Ulpianus, *libro tertio de officio consulis*. Sic quoque iudices exsequuntur iudicatum, ut nomina iure pignoris capiant, si nihil aliud sit quod capi possit: posse enim nomen iure pignoris capi imperator noster rescripsit.

Ulpianus, *Het ambt van consul III*. De rechters zullen het vonnis ook mogen uitvoeren door pandbeslag te leggen op vorderingen, als er niets anders is waarop beslag gelegd kan worden, zo heeft onze Keizer [Antoninus Caracalla] bij rescript bepaald.

Ulpianus legde uit dat de rechter de bevoegdheid had om een vordering te verkopen. Ulpianus formuleerde dit standpunt op een wijze die blijk geeft van de praktische aard van de Romeinse juristen:

D. 42,1,15,10

Ulpianus, *libro tertio de officio consulis*. Item quid dicemus? Utrum ipsi iudices convenient nomen exigentque id quod debetur et in causam iudicati convertent, an vero vendent nomen, ut pignora corporalia solent? Et necesse est, ut quod eis facilius videatur ad rem exsequendam, hoc faciant.

Ulpianus, *Het ambt van consul III*. Wat moeten wij verder zeggen? Moeten de rechters zelf de vordering in rechte doen gelden en het verschuldigde bedrag innen om dit vervolgens voor de uitvoering van het vonnis aan te wenden, of moeten zij de vordering verkopen, zoals zij dit met lichamelijke pandobjecten plegen te doen? Het is nodig dat zij datgene doen wat hun het gemakkelijkst voorkomt om het vonnis ten uitvoer te leggen.

Naar analogie van het pandbeslag denk ik dat de Romeinse juristen zich in het kader van de verpanding van een vordering op hetzelfde praktische standpunt stelden. Het ligt voor de hand dat ook in geval van het *pignus nominis* een executoriale verkoop van de vordering mogelijk was, zolang de belangen van de pandgever om een zo hoog mogelijke opbrengst te realiseren in het oog werden gehouden, bijvoorbeeld, door een beding te eisen op grond waarvan de pandhouder de bevoegdheid verkreeg de verpande vordering executoriaal te verkopen.

⁹²⁶ Zie daarover hiervoor p. 176 en verder.

Conclusie

Een schuldenaar had in het Romeinse recht verschillende mogelijkheden om zijn schuldeiser zekerheid te verschaffen. Eén van die mogelijkheden was het vestigen van een pandrecht.

Het vestigen van een pandrecht op een lichamelijke zaak leidde tot de vestiging van een *ius in re*, een recht op de zaak. Het pandrecht op een lichamelijke zaak gaf de pandhouder het recht zich met voorrang te verhalen op de hem verpande zaak. In de regel kreeg de pandhouder genoegdoening door het pand executoriaal te verkopen en zich te verhalen op de opbrengst. De vestiging van een pandrecht kon gepaard gaan met de verschaffing van het bezit aan de pandhouder, maar noodzakelijk was dit niet. De Romeinse juristen kwalificeerden de pandhouder als bezitter voor zover dat nodig was om een beroep te kunnen doen op de interdicten, die bezit beschermden. Tegelijkertijd bleef de pandgever bezitter, zodat hij een eventuele verjaring kon voltooien. Als geen sprake was van vuistpand of als de pandhouder het bezit van de zaak was kwijtgeraakt, dan kon de pandhouder de zaak in rechte opeisen door het instellen van de *actio Serviana*. De *actio Serviana* was een actie, die de pandhouder kon instellen tegen eenieder die de verpande zaak onder zich had. De pandhouder kon de actie met succes instellen zolang de schuld ter verzekering waarvan het pandrecht was gevestigd niet was voldaan, er niet anderszins zekerheid was verschaft en hij bovendien niet in schuldeisersverzuim verkeerde.

Niet alleen lichamelijke zaken, maar ook vorderingen konden worden verpand. De verpanding van een vordering vervulde dezelfde economische functie in de Romeinse samenleving als de verpanding van een lichamelijke zaak. Het *pignus nominis* gaf de pandhouder zekerheid zo lang het onzeker was of de verzekerde schuld werd nagekomen en vervolgens de mogelijkheid zich genoegdoening te verschaffen door zich met voorrang te verhalen op de opbrengst van de verpande vordering als de verzekerde schuld niet werd nagekomen. Hoewel economisch de gevolgen van de verpanding van een vordering hetzelfde waren, als de gevolgen van de verpanding van een lichamelijke zaak, verschilde de wijze waarop zekerheid en genoegdoening werden verwerkelijkt.

De verpanding van een vordering dankten de Romeinen aan de praetor. Verpanding van een vordering geschiedde door overeenkomst. De praetor beschermde deze overeenkomst door het ter beschikking stellen van een *actio utilis*.

De *actio utilis* gebruikte de pandhouder om de verpande vordering te innen tot het bedrag van de verzekerde vordering. De praetor breidde zo door het toekennen van een *actio utilis* het Romeinse stelsel van zekerheden uit. Het klassieke Romeinse recht was actiënrecht, dat wil zeggen dat een Romein zichzelf niet de vraag stelde of hij een subjectief recht had, maar de vraag of voor zijn geval een actie beschikbaar was. Een adagium dat het Romeinse recht op dit punt omschrijft, luidt: '*ubi actio ibi ius*', oftewel waar een actie is, is een recht. De vraag of de praetor de rechtzoekende een actie gaf, was zo belangrijk, omdat de rechtzoekende enkel werd toegelaten tot het voeren van een geding bij de rechter als hij een actie kreeg. De praetor was de spil van het Romeinse recht. Hij verzekerde niet alleen de uitvoering van het *ius civile*, maar ook vulde hij dit recht aan en verbeterde het. Zo kwam het recht van de praetor, het *ius honorarium*, te staan naast het *ius civile*.

Hoezeer het Romeinse recht actiënrecht was, blijkt bijvoorbeeld uit de verhouding van het recht van de pandgever tot het recht van de pandhouder. De heersende leer in het huidige Nederlandse recht gaat ervanuit dat de pandgever zijn vorderingsrecht bezwaart met het pandrecht. In het Romeinse recht was het daarentegen niet zo dat de pandhouder een recht kreeg op een ander recht. Een vordering was de actieve zijde van een verbintenis en geen object van rechten. De stapeling van een recht op een recht kende het Romeinse recht niet. De procesrechtelijke insteek maakte bovendien dat de Romeinse juristen een dergelijke constructie niet misten. Zo bleef bijvoorbeeld een pandrecht gevestigd door een vruchtgebruiker van een lichamelijke zaak bestaan, zelfs als het recht van vruchtgebruik teniet was gegaan door vermenging. De praetor bereikte dat de pandhouder ondanks de vermenging de zaak onder zich kon houden door hem een exceptie te geven als iemand het pand van hem opeiste. Indien de pandhouder het pand niet onder zich had, dan kon hij het pand onder zich krijgen door het instellen van de *actio Serviana*. De *formula* van de *actio Serviana* bepaalde namelijk dat de pandhouder deze actie kon instellen zo lang de verzekerde vordering niet was betaald, niet anderszins zekerheid was verschaft en de pandhouder niet in schuldeisersverzuim verkeerde. Ook bijvoorbeeld in geval van herverpanding was geen sprake van de vestiging van een recht op een recht. Herverpanding was niets anders dan de verpanding van een door een pandrecht verzekerde vordering. De pandhouder werd door de praetor in staat gesteld om het pandrecht uit te oefenen dat de verzekerde vordering dekte.

De Romeinse juristen stapelden dus geen rechten op rechten indien – zoals wij zouden zeggen – een recht werd gevestigd op een onlichamelijke zaak. Weliswaar was het Gaius, die het begrip onlichamelijke zaak introduceerde in het recht, maar dit begrip vervulde niet dezelfde rol als in ons OBW aangezien het begrip niet diende ter rechtvaardiging van de vestiging van een recht op een recht,

zoals in het OBW. Volgens Gaius waren de zaken ‘die in rechte bestaan’ onlichamelijk. ‘Beperkte rechten’ en vorderingsrechten waren onlichamelijke zaken. Het gebruik van het begrip onlichamelijke zaak maakte het Gaius mogelijk zijn *Instituten* onder te verdelen in drie delen: personen, acties en zaken. De onlichamelijke zaak maakte het zaaksbegrip zo alomvattend dat elk denkbaar onderwerp van een juridische procedure onder het begrip zaak viel. Alles dat onderwerp kon zijn van een juridische procedure, oftewel alles dat in rechte bestond, was getransformeerd tot zaak. Gaius plaatste de ‘beperkte rechten’ en vorderingsrechten als onlichamelijke zaken naast de lichamelijke zaken, omdat deze niet tastbare zaken van waarde waren en zodoende samen met de lichamelijke zaken het actief van het vermogen van een Romein vormden.

Wat betreft een vordering koos Gaius voor de term *ius obligationis*. Van deze term ging een zekere uniformerende werking uit binnen het verbintenissenrecht. Gaius gebruikte het begrip onlichamelijke zaak met name om uit te leggen dat een vordering niet vatbaar was voor bezit en dat een onlichamelijke zaak niet kon worden overgedragen op de wijzen waarop een lichamelijke zaak werd overgedragen. De kwalificatie als zaak betekende dan ook niet dat de Romeinse juristen een vordering net zo behandelden als een lichamelijke zaak.

Hoe het recht van de pandgever zich verhiel tot het recht van de pandhouder volgde uit de acties en excepties, die de praetor aan hen ter beschikking stelde. De pandovereenkomst verplichtte de pandgever en de pandhouder zich jegens elkaar te gedragen in overeenstemming met de goede trouw, de *bona fides*. Indien één van beiden de pandovereenkomst schond, dan kon de ander ageren met de *actio pignoratitia*, die de clause van de goede trouw bevatte.

De praetor beschermde de pandovereenkomst verder door de pandhouder een zelfstandige actie te geven tegen de schuldenaar van de verpande vordering. Deze actie maakte het de pandhouder mogelijk de verpande vordering te innen. De actie kwam te staan naast de actie van de pandgever. De pandgever had de directe actie, de pandhouder kreeg een *actio utilis* naar het voorbeeld van de actie van de pandgever. De pandgever bleef dientengevolge de schuldeiser naar *ius civile*. Tegelijkertijd werd de pandhouder echter schuldeiser naar *ius honorarium*, naar praetorisch recht.

Verpanding van een vordering was in dit opzicht vergelijkbaar met ‘cessie’. Overdracht van een vordering was naar *ius civile* onmogelijk. De ‘cedent’ kon bijvoorbeeld wel een cessiemandaat verlenen aan de ‘cessionaris’, zodat de ‘cessionaris’ de vordering kon innen. Het cessiemandaat maakte dat de ‘cessionaris’ procedeerde in naam van de ‘cedent’. Niet steeds bracht een cessiemandaat echter uitkomst. De praetor gaf in verschillende gevallen om die reden een zelfstandige *actio utilis* aan de ‘cessionaris’ om de ‘gecedeerde’ vordering te innen. De ‘cessionaris’ ageerde met de *actio utilis* in eigen naam. De praetor gaf deze actie voor het eerst naar aanleiding van het *senatusconsultum*

Trebellianum van het jaar 56 of 57 n. Chr. aan iemand die op grond van een fideïcommis een nalatenschap uitgekeerd moest krijgen. De *actio utilis* kwam in de loop van de tijd in steeds meer gevallen beschikbaar. Zo kon de koper van een vordering ageren met de *actio utilis*. De *actio utilis* die de praetor ter beschikking stelde, maakte dat de koper de schuldenaar van de 'gecedeerde' vordering tot betaling kon dwingen. De opbrengst kwam hem toe. Hij was schuldeiser naar praetorisch recht. De 'cedent' bleef echter beschikken over de directe actie. Hij bleef schuldeiser naar *ius civile*, maar de praetor zorgde ervoor dat de schuldenaar van de 'gecedeerde' vordering niet meer bevrijdend kon betalen aan de 'cedent' vanaf het moment dat mededeling was gedaan van de 'cessie' aan de schuldenaar. De schuldenaar kreeg een exceptie, die hij kon opwerpen tegen de 'cedent'. Als de schuldenaar de exceptie niet opwierp en willens en wetens toch betaalde aan de 'cedent', dan bevrijdde deze betaling de schuldenaar niet ten opzichte van de 'cessionaris'.

Verpanding van een vordering had deels dezelfde rechtsgevolgen als 'cessie' in het Romeinse recht. Ook in geval van verpanding gaf de praetor een *actio utilis* aan een ander dan de schuldeiser naar *ius civile* om de vordering te innen. Verpanding van een vordering was echter niet hetzelfde als 'cessie', alleen al niet omdat de wil van de betrokken partijen niet gericht was op een overdracht van de vordering. Partijen wilden door de verpanding niet een vordering overdragen, maar een zekerheidsrecht in het leven roepen. De *actio utilis*, die de pandhouder kreeg om de hem verpande vordering te innen, verschilde dan ook van de *actio utilis* van de 'cessionaris'. De pandhouder inde door middel van de *actio utilis* de verpande vordering, die toekwam aan de pandgever. De bevoegdheid hiertoe ontleende hij aan de pandovereenkomst. Het geïnde kwam niet toe aan de pandhouder, zoals het in geval van 'cessie' toekwam aan de 'cessionaris'.

Indien de verpande vordering een vordering betrof tot de betaling van een geldbedrag, dan mocht de pandhouder de vordering slechts innen tot het bedrag van de verzekerde vordering, dat wil zeggen het bedrag dat de pandgever hem schuldig was. De door de pandhouder verkregen geldsom werd verrekend met het bedrag dat de pandgever schuldig was aan de pandhouder op grond van de verzekerde vordering. De pandhouder verhaalde zich zo op het geïnde. Als de pandhouder genoegdoening had gekregen en de verpande vordering was nog niet in haar geheel geïnd, dan kwam het restant toe aan de pandgever, die dit kon innen met de *actio directa*.

Betrof de verpande vordering niet de betaling van een geldbedrag, maar het geven van een zaak, dan kreeg de pandhouder de zaak als pand. De verpanding van een vordering omvatte in dat geval tevens de vestiging bij voorbaat van een pandrecht op de te ontvangen lichamelijke zaak. Genogdoening verkreeg de pandhouder in de regel door de lichamelijke zaak executoriaal te verkopen en zich te verhalen op de opbrengst.

De pandhouder kreeg ten opzichte van de schuldenaar van de verpande vordering een zelfstandige positie dankzij de *actio utilis*. De pandhouder manifesteerde zich ten opzichte van de schuldenaar van de verpande vordering als schuldeiser. Zo kon de schuldenaar van de verpande vordering bijvoorbeeld enkel bevrijdend betalen aan de pandhouder zodra hij op de hoogte was gebracht van de verpanding. Verpanding leidde er verder toe dat de schuldenaar in geval van een geldschuld zijn schuld in twee delen moest betalen, indien het bedrag dat hij schuldig was aan de pandgever het bedrag van de verzekerde vordering te boven ging. De pandhouder kon de verpande vordering immers enkel innen tot het bedrag dat de pandgever hem schuldig was. De praetor gaf de pandhouder zo de bevoegdheden, die overeenstemden met het zekerheidskarakter van zijn recht.

De *actio utilis*, die de praetor ter beschikking stelde aan de pandhouder maakte dat de verpanding van een vordering leidde tot een schuldeiser naar praetorisch recht naast de schuldeiser naar *ius civile*. In vergelijking met 'cessie' leidde de *actio utilis* in geval van verpanding er echter slechts tot op zekere hoogte toe dat de pandhouder dankzij de praetor de plek innam van de schuldeiser naar *ius civile*. Naar *ius civile* bleef de pandgever schuldeiser, net als in geval van 'cessie'. De pandhouder kwam enerzijds als schuldeiser naar *ius honorarium* naast de schuldeiser naar *ius civile* te staan, maar anderzijds werden de bevoegdheden van de pandhouder beperkt door het zekerheidskarakter van het pandrecht. Hij was enkel, zoals Dernburg schreef, *Pfandgläubiger*, oftewel pandschuldeiser. De *actio utilis* maakte hem niet onbeperkt schuldeiser. Het *ius honorarium* was een flexibel instrument, dat de praetor de mogelijkheid gaf om de pandhouder slechts de bevoegdheden te geven, die nodig waren ter verzekering van zijn pandrecht en niet meer. De schuldeiser naar praetorisch recht was pandschuldeiser, die door de praetor werd beschermd voor zover dat overeenkwam met het zekerheidskarakter van zijn recht.

De *actio utilis* laat zien dat verpanding van een vordering in het Romeinse recht andere rechtsgevolgen had dan de verpanding van een lichamelijke zaak. De pandhouder van een vordering kreeg naar mijn mening niet de *actio Serviana* of een actie naar het voorbeeld van de *actio Serviana*, zoals Kaser betoogde. Ten eerste verschilde hetgeen de pandhouder met de *actio utilis* vorderde wezenlijk van hetgeen de pandhouder vorderde aan wie een lichamelijke zaak was verpand. Degene die een lichamelijke zaak in pand had gekregen, vorderde met de *actio Serviana* het bezit van de hem verpande zaak. Hij hoopte in dezelfde positie te komen als de vuistpandhouder door het instellen van de *actio Serviana*. De *actio utilis* van de pandhouder aan wie een vordering was verpand gebruikte de pandhouder daarentegen niet om het bezit van de verpande zaak te verkrijgen, maar om de verpande vordering te innen. Bezit van een vordering was onmogelijk in het Romeinse recht. De praetor zal niet de *actio Serviana* hebben aangepast teneinde deze actie in aangepaste vorm ter beschikking te stellen aan de

pandhouder van een vordering gelet op het feit dat hetgeen de pandhouder van een vordering met de *actio utilis* vorderde wezenlijk verschilde van hetgeen de pandhouder met de *actio Serviana* vorderde als een lichamelijke zaak was verpand. Een aangepaste actie in het Romeinse recht was namelijk een actie, die dezelfde vordering bevatte als de directe actie. De praetor gaf in het Romeinse recht een *actio utilis*, omdat partijen buiten het toepassingsbereik van de directe actie vielen. Hij schiep een aangepaste actie naar het voorbeeld van de directe actie, zodat hetgeen met de directe actie kon worden gevorderd binnen het bereik van de rechtzoekende kwam. Naar mijn mening was het dan ook niet zo dat de praetor in geval van de verpanding van een vordering een analoge actie gaf, waarmee de eiser een andere prestatie kon vorderen dan werd gevorderd met de directe actie.

De *actio Serviana* was bovendien een zakelijke actie, aangezien de pandhouder deze actie kon instellen tegen eenieder, die de verpande zaak bezat. Uit de *formula* van de *actio Serviana* bleek het zakelijke karakter. Zo ontbrak de naam van de gedaagde in de *intentio* en bevatte de actie de restitutieclausule, die tot vrij spraak leidde indien de zaak gedurende het proces aan de pandhouder werd gegeven. De *actio utilis* van degene aan wie een vordering was verpand, had daarentegen een ander karakter. Zo kon de *formula* van deze actie niet de restitutieclausule bevatten, omdat de actie niet draaide om de afgifte van een zaak, maar om het innen van een vordering. De gedaagde kon op geen enkele manier de vordering afgeven aan de pandhouder, omdat een vordering niet tastbaar was. Verder was het ondenkbaar dat voor het eerst in de *condemnatio* de naam van de gedaagde voorkwam, zoals in de zakelijke *actio Serviana*. De vordering, die was verpand, moest de pandhouder eerder specificeren door de namen van de schuld-eiser en de schuldenaar te noemen. Aanduiden welke vordering het betrof, kon op geen andere wijze dan de personen te benoemen die aan de actieve en aan de passieve zijde van de verbintenis stonden. Verder waren bijvoorbeeld de dwangmiddelen, die de pandhouder ter beschikking stonden niet dezelfde als bij de zakelijke pandactie. Zo kon de pandhouder van een vordering niet de *actio ad exhibendum* instellen.

De *actio utilis* van de pandhouder was dan ook geen zakelijke actie, maar een persoonlijke actie. Mij lijkt het in strijd met de werkwijze van de praetor om aan te nemen dat een zakelijke actie als de *Serviana* in aangepaste vorm een persoonlijke actie was, zoals Kaser stelde. Als ik de andere *actiones utiles* in ogenschouw neem, dan zie ik geen aangepaste actie die zo verschilde van de directe actie dat de aard van de actie anders werd. Kaser meende een geval te hebben gevonden waarin een zodanige gedaantewisseling plaatsvond. Hij wees als ondersteuning van zijn theorie naar de actie van een lager gerangschikte pandhouder, die van de eerste pandhouder het *superfluum* opeiste. Kaser schreef dat de lager gerangschikte pandhouder de *actio Serviana utilis* en *in personam* had. Naar mijn

mening gaf de praetor in dit geval echter de *actio pignoratitia utilis*. De pandgever vorderde met de *actio pignoratitia* het *superfluum*, indien de zaak niet meermaals was verpand. Deze actie bood de pandgever bovendien de mogelijkheid de pandhouder ter verantwoording te roepen, bijvoorbeeld omdat de pandhouder de zaak voor een te lage prijs had verkocht. Indien de zaak meermalen was verpand, dan was het overschot bestemd voor de tweede pandhouder in plaats van voor de pandgever. In dat geval had de tweede pandhouder in plaats van de pandgever behoefte aan de mogelijkheid het *superfluum* op te eisen en de hoger gerangschikte pandhouder ter verantwoording te roepen. De *actio Serviana* leende zich niet voor het laten afleggen van rekening en verantwoording. De *actio Serviana* was een zakelijke actie gericht op de verkrijging van het bezit van de verpande zaak. Uit de bronnen blijkt bovendien dat de lager gerangschikte pandhouder niet over de *Serviana* beschikte, indien een hoger gerangschikte pandhouder de verpande zaak had verkocht.

De *actio utilis* was naar mijn mening dan ook een persoonlijke actie, die de praetor niet vormgaf naar het voorbeeld van de *actio Serviana*, maar naar het voorbeeld van de directe actie van de pandgever. De *actio utilis* was een actie gebaseerd op een verbintenis en niet een actie waarmee de pandhouder probeerde een recht op een zaak geldend te maken. De Romeinen zagen een vordering niet als een zaak, die het object van rechten kon zijn. Een vordering was de actieve zijde van een band die het recht schiep tussen schuldeiser en schuldenaar. De pandhouder had enkel een actie tegen de schuldenaar van de verpande vordering en geen zakelijke actie, die hij tegen eenieder kon instellen. Aangezien de pandgever zelf niet meer had dan een persoonlijke actie lag het bovendien voor de hand dat de pandhouder alleen een persoonlijke actie kreeg. De *actio utilis* gaf de praetor naar mijn mening vorm naar het voorbeeld van de actie, die de pandgever had. De pandhouder kreeg geen recht op de vordering, maar een persoonlijke actie tegen de schuldenaar, die hem in staat stelde betaling van de verpande vordering af te dwingen voor zover dat overeenstemde met zijn zekerheidsrecht. De pandhouder van een vordering had geen zakelijke actie en diensgevolge ook geen *ius in re*, of – zoals wij zouden zeggen – geen ‘beperkt recht’ op een zaak. De pandhouder beschikte net als de pandgever over niet meer dan een persoonlijke actie. De *actio utilis* maakte dat – in onze terminologie – de pandhouder beschikte over een *ius in personam*, een persoonlijk recht dat hij kon invoeren tegen de schuldenaar van de verpande vordering.

Moderne juristen, die zijn opgegroeid met het idee dat een pandrecht steeds een zakelijk recht is dat tegen eenieder kan worden ingeroepen, zullen verbaasd zijn dat verpanding van een vordering in het Romeinse recht niet leidde tot de vestiging van een zakelijk recht. Moderne juristen hoeven door deze conclusie echter niet in paniek te raken. De pandhouder van een vordering kon zich verhalen op de verpande vordering zonder dat hij zich iets hoefde aan te

trekken van eventuele andere schuldeisers van de pandgever, ook in geval van insolventie. De *actio utilis* betekende dat de pandhouder beschikte over een zelfstandige actie tegen de schuldenaar van de verpande vordering. Deze actie in combinatie met het feit dat de schuldenaar niet langer bevrijdend kon betalen aan zijn schuldeiser, de pandgever, nadat hem mededeling van de verpanding was gedaan, maakte dat de pandhouder kreeg waar hij recht op had, te weten in de eerste plaats zekerheid en in de tweede plaats de mogelijkheid zich te verhalen op de opbrengst van de verpande vordering. Het Romeinse pandrecht gaf, net als het moderne pandrecht, de pandhouder vanaf het moment waarop mededeling was gedaan van de verpanding voorrang en maakte dat hij zich niets behoefde aan te trekken van een eventueel 'faillissement' van de pandgever. In onze ogen was hij separatist.

Ook had verpanding van een vordering zaaksgevolg, in die zin dat een eventuele 'cessie' de pandhouder niet raakte. Een Romeinse jurist zou zelf nooit stellen dat de verpanding van een vordering zaaksgevolg had, aangezien een vordering strikt genomen niet kon worden overgedragen naar *ius civile*. Bovendien zag een Romeinse jurist de vordering niet als een zaak, die werd gevolgd door het pandrecht. Een vordering was de actieve zijde van een verbintenis. Verpanding leidde tot het ter beschikking stellen van een *actio utilis*, een actie in naam van de pandhouder. Deze actie werd niet aangetast door eventuele latere beschikkingen door de pandgever. De pandhouder was tot op zekere hoogte schuldeiser geworden en stond in die hoedanigheid naast de schuldeiser naar *ius civile*. Allebei beschikten over een persoonlijke actie, maar de praetor maakte dat het enkel de pandhouder was die met succes de verpande vordering kon innen, voor zover en voor zo lang het nodig was met het oog op het zekerheidskarakter van het pandrecht.

Deze conclusie biedt moderne juristen de mogelijkheid de structuur van ons BW en de aard van het pandrecht naar Nederlands recht te heroverwegen.⁹²⁷ Onder het OBW was een vordering een onlichamelijke zaak en een pandrecht op een vordering dientengevolge vanzelfsprekend een zakelijk recht. Tegenwoordig zijn echter enkel als zaak aangemerkt de voor menselijke beheersing vatbare stoffelijke objecten.⁹²⁸ Een vordering is geen zaak, maar een goed. Het pandrecht is geregeld in het algemene deel van ons goederenrecht en is dientengevolge enkel een zakelijk recht, indien het is gevestigd op een zaak. Verpanding van een

⁹²⁷ In het verleden heb ik hierop gewezen, zie A.J.H. Smit, 'Het pandrecht een kameleon? Enige opmerkingen over herverpanding en de constructie die ontstaat als een vordering wordt herverpand.', in: F.-J. Beekhoven van den Boezem, G. Bergervoet & F. Verstijlen (red.), *Groninger zekerheid: Liber amicorum Wim Reehuis*, Deventer: Wolters Kluwer 2014, p. 317-334. Op een andere plaats hoop ik uitgebreider uit te leggen welke constructie naar Nederlands recht tot stand komt, indien een vordering wordt verpand. Het Romeinse recht zal hierbij een hulpmiddel zijn.

⁹²⁸ Zie artikel 5:1 BW.

vordering kan gelet op de structuur van het BW niet meer opleveren dan een persoonlijk recht, net als in het Romeinse recht. De structuur van ons BW maakt het mogelijk een zuiver onderscheid te maken tussen het verbintenissen- en het zakenrecht, zoals Meijers voor ogen stond bij de inperking van het zaaksbegrip.⁹²⁹ Het persoonlijke karakter van het pandrecht blijkt bovendien ook uit het feit dat de pandhouder naar Nederlands recht, net zoals naar Romeins recht, in bepaalde gevallen wordt aangemerkt als schuldeiser. Zo bepaalde de Hoge Raad dat de pandhouder bevoegd is tot het aanvragen van het faillissement van de schuldenaar van de verpande vordering. De Hoge Raad gaf aan dat de pandhouder kan worden aangemerkt als schuldeiser in de zin van artikel 1 lid 1 Faillissementswet vanaf het moment dat het pandrecht aan de schuldenaar is medegedeeld.⁹³⁰

⁹²⁹ Zie hiervoor p. 2.

⁹³⁰ Zie HR 9 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2833, *NJ* 2017/2.

Samenvatting

Een soldaat wilde weten of een vordering kon worden verpand en zo ja, hoe een dergelijke verpanding geschiedde. Keizer Alexander Severus antwoordde op 28 februari 225 het volgende:

C. 8,16(17),4 [A.D. 225]

Imp. Alexander A. ..., evocato. Nomen quoque debitoris pignerari et generaliter et specialiter posse pridem placuit. quare si debitor is satis non facit, cui tu credidisti, ille, cuius nomen tibi pignori datum est, nisi ei cui debuit solvit nondum certior a te de obligatione tua factus, utilibus actionibus satis tibi facere usque ad id, quod tibi deberi a creditore eius probaveris, compelletur, quatenus tamen ipse debet.

De doorluchtige keizer Alexander [Severus] aan ..., opnieuw opgeroepen veteraan. Ook de vordering op een schuldenaar kan zowel generaal als afzonderlijk worden verpand, zoals al eerder algemeen is aanvaard. Indien daarom de schuldenaar aan wie u geld hebt geleend, zijn verplichtingen niet nakomt, zal de schuldenaar van de vordering die aan u in pand is gegeven – tenzij hij aan zijn schuldeiser heeft betaald voordat hij door u op de hoogte was gebracht van het u toekomende vorderingsrecht – met aangepaste acties worden gedwongen aan u te voldoen ten belope van de som die zijn schuldeiser, naar u bewezen hebt, aan u is verschuldigd, zulks echter tot het bedrag dat hij zelf schuldig is.

De verpanding van een vordering was niet nieuw. De keizer schreef dat de pandhouder een aangepaste actie kreeg tegen de schuldenaar van de verpande vordering om deze te innen. Als de schuldenaar van de verpande vordering zijn schuldeiser, de pandgever, meer was verschuldigd dan de pandgever de pandhouder schuldig was, dan mocht de pandhouder de verpande vordering slechts innen tot het bedrag dat de pandgever de pandhouder schuldig was.⁹³¹ Betrof het voorwerp van de verpande vordering een geldsom, dan kon de pandhouder het geïnde bedrag verrekenen met de vordering ter verzekering waarvan de verpanding had plaats gevonden. Betrof het voorwerp van de geïnde vordering geen geldbedrag, maar een lichamelijke zaak, dan verkreeg de pandhouder de lichamelijke zaak *pignoris loco*, oftewel in de plaats van het pand. De verpanding van een

⁹³¹ Hierbij neem ik aan dat er geen sprake was van een derdenpand, dat wil zeggen dat ik uitga van het geval waarin de verpanding heeft plaatsgevonden ter verzekering van een schuld van de pandgever zelf.

vordering omvatte in dat geval tevens de vestiging bij voorbaat van een pandrecht op de te ontvangen lichamelijke zaak. Marcianus schreef:

D. 20,1,13,2

Marcianus, *libro singulari ad formulam hypothecariam*. (...) et verum est, quod Pomponius libro septimo ad edictum scribit, si quidem pecuniam debet is, cuius nomen pignori datum est, exacta ea creditorem secum pensaturum: si vero corpus is debuerit et solverit, pignoris loco futurum apud secundum creditorem.

Marcianus, *De hypotheekactie*. (...) en het is juist wat Pomponius in het zevende boek van zijn *Commentaar op het Edict* heeft geschreven: als iemand geld verschuldigd is en de vordering op hem in pand gegeven is, zal de [tweede] schuldeiser dit bedrag na inning met zichzelf verrekenen; maar als de betrokkene een lichamelijke zaak verschuldigd is en die ter betaling afgedragen heeft, zal deze bij wijze van pand bij de tweede schuldeiser zijn.

Paulus zei hetzelfde en legde daarbij uit hoe de verpanding van een vordering geschiedde:

D. 13,7,18pr.

Paulus, *libro vicensimo nono ad edictum*. Si convenerit, ut nomen debitoris mei pignori tibi sit, tuenda est a praetore haec conventio, ut et te in exigenda pecunia et debitorem adversus me, si cum eo experiar, tueatur. ergo si id nomen pecuniarium fuerit, exactam pecuniam tecum pensabis, si vero corporis alicuius, id quod acceperis erit tibi pignoris loco.

Paulus, *Het Edict XXIX*. Als wij overeengekomen zijn dat de vordering op mijn schuldenaar u tot pand zal dienen, moet deze overeenkomst door de praetor worden beschermd, in die zin dat hij enerzijds u beschermt wanneer u het geld opeist, en anderzijds de schuldenaar tegen mij, indien ik tegen hem procedeer. Als de vordering op geld luidt, kunt u derhalve de verkregen geldsom verrekenen met uw vordering op mij; betrof de vordering echter een andere lichamelijke zaak, dan zult u dat wat u ontvangen hebt, tot pand hebben.

Verpanding van een vordering geschiedde bij overeenkomst.⁹³² Mededeling van de verpanding aan de schuldenaar van de verpande vordering leidde er vervolgens toe dat de schuldenaar niet meer bevrijdend kon betalen aan zijn schuldeiser, de pandgever.⁹³³

De inningsbevoegdheid dankte de pandhouder aan de aangepaste actie die de praetor gaf. Het klassieke Romeinse recht was actiënrecht, wat wil zeggen dat een Romein zichzelf niet de vraag stelde of hij een subjectief recht had, maar de vraag of voor zijn geval een actie beschikbaar was. In ons recht staat het

⁹³² Verpanding van vorderingen kon ook plaatsvinden op grond van de wet, indien vorderingen deel uitmaakten van een vermogen dat in zijn geheel was verpand op grond van de wet. Generale verpanding op grond van de wet vond bijvoorbeeld plaats ten behoeve van de fiscus en ten behoeve van een pupil in de laatklassieke periode.

⁹³³ Zie hierboven de constitutie van Alexander Severus: C. 8,16(17),4 uit het jaar 225.

subjectieve recht centraal en geldt het adagium ‘*ubi ius, ibi actio*’, oftewel waar een recht is, is een vordering. In het Romeinse recht gold het omgekeerde: ‘*ubi actio, ibi ius*’, oftewel waar een actie is, is een recht.⁹³⁴ Een civiele procedure bestond namelijk uit twee fases, één *in iure* voor de praetor, en één voor een particuliere rechter, *apud iudicem*. *In iure* beoordeelde de praetor of aan de eiser een actie toekwam. Als de praetor de eiser een actie gaf, dan sloten eiser en gedaagde onder het toeziend oog van de praetor een procesovereenkomst, een *litis contestatio*. De particuliere rechter was op grond van de procesovereenkomst vervolgens bevoegd een veroordeling uit te spreken, die onder bepaalde voorwaarden met behulp van de sterke arm van de staat kon worden afgedwongen. Een recht was dientengevolge het uitvloeisel van het ter beschikking staan van een actie. Het rechtstelsel was gebaseerd op acties en niet, zoals bij ons, op rechten.

De praetor gaf de pandhouder een aangepaste actie, een *actio utilis*. Een *actio utilis* was een actie die de praetor vormgaf naar het voorbeeld van een bestaande actie. De praetor kon een actie in aangepaste vorm als *actio utilis* geven als aan een voorwaarde van de directe actie niet was voldaan. De term *actio utilis* gaf aan de ene kant aan dat het geval verschilde van dat waarin een beroep op de directe actie mogelijk was. Aan de andere kant betekende het ter beschikking staan van een actie naar het voorbeeld van de directe actie, dat het afwijkende geval analoog werd behandeld aan het geval, waarin de directe actie ter beschikking stond. De analogie met de bestaande actie zorgde ervoor dat de *actiones utiles* pasten binnen het Romeinse rechtssysteem.

De heersende leer ten aanzien van de *actio utilis* in geval van verpanding van een vordering is dat de deze was geschapen naar het voorbeeld van de *actio Serviana*. De *actio Serviana* was de actie waarmee degene, die een lichamelijke zaak in pand had gekregen het bezit van de verpande zaak opeiste. Kaser meende dat de *formula* van deze actie flexibel genoeg was voor een geval waarin een vordering was verpand in plaats van een lichamelijke zaak. De standaardformulering van de *actio Serviana* was volgens Lenel de volgende.⁹³⁵

Si paret inter Aulum Agerium et Lucium Titium convenisse, ut ea res qua de agitur Aulo Agerio pignori esset propter pecuniam debitam, eamque rem tunc, cum conveniebat, in bonis Lucii Titii fuisse eamque pecuniam neque solutam neque eo nomine satisfactum esse neque per Aulum Agerium stare quo minus solvatur,

Als blijkt dat Aulus Agerius en Lucius Titius zijn overeengekomen, dat deze zaak waarover het gaat, Aulus Agerius tot pand zou strekken vanwege een geldschuld en dat die zaak ten tijde van het sluiten van de overeenkomst zich in het vermogen van Lucius Titius bevond en dat het geld niet is betaald, noch voor deze vordering voldoening is gegeven en dat het niet aan Aulus Agerius heeft gelegen dat er niet is betaald, dan moet Gij, rechter, tenzij die zaak op grond van uw

⁹³⁴ Zie Schrage 1977, p. 6.

⁹³⁵ Zie Lenel 2010 (onveranderde herdruk 1927), p. 494 (§ 267).

nisi ea res arbitrio iudicis restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio, condemna, si non paret, absolve.

tussenvonniss is teruggegeven, Numerius Negidius jegens Aulus Agerius tot zoveel geld veroordelen als die zaak waard zal zijn; indien dit niet komt vast te staan, moet gij hem vrijspreken.

In Kasers ogen was de zinsnede ‘*convenisse, ut ... Aulo Agerio pignori esset propter pecuniam debitam*’ een invuloefening voor de praetor, die na *ut* het door partijen overeengekomen pandobject vermeldde.⁹³⁶ De rest van de *formula* kwam volgens Kaser overeen met die van de *actio Serviana*. Kaser gaf enkele voorbeelden, zoals de verpanding van een vordering uit bewaargeving:

Si paret inter Aulum Agerium et Lucium Titium convenisse, ut mensa argentea, quam Lucius Titius apud Numerium Negidium deposuit, Aulo Agerio pignori esset propter pecuniam debitam, eamque pecuniam neque solutam neque eo nomine satisfactum esse neque per Aulum Agerium stare quo minus solvatur, eamque mensam dolo malo Numerii Negidii redditam non esse, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio, condemna, si non paret, absolve.⁹³⁷

Als blijkt dat Aulus Agerius en Lucius Titius zijn overeengekomen dat een zilveren tafel, welke Lucius Titius aan Numerius Negidius in bewaring heeft gegeven, Aulus Agerius tot pand zou strekken vanwege het verschuldigde geld, en dat het geld niet is betaald, noch voor deze vordering voldoening is gegeven en dat het niet aan Aulus Agerius heeft gelegen dat er niet is betaald en dat deze tafel door boos opzet van Numerius Negidius niet is teruggegeven, dan moet Gij, rechter, Numerius Negidius jegens Aulus Agerius tot zoveel geld veroordelen als die zaak waard zal zijn; indien dit niet komt vast te staan, moet gij hem vrijspreken.

Kaser formuleerde het voorbeeld ongelukkigerwijs zo dat niet zozeer een vordering was verpand, maar een lichamelijke zaak, namelijk de tafel. Verpanding van *res debita*e was niet hetzelfde als verpanding van een vordering.

Mijns inziens was het niet de *actio Serviana*, die de praetor als voorbeeld nam voor de *actio utilis* van de pandhouder. Zo verschilde hetgeen de pandhouder met de *actio utilis* vorderde wezenlijk van hetgeen de pandhouder vorderde die een lichamelijke zaak verpand had gekregen. De pandhouder van een lichamelijke zaak vorderde met de *actio Serviana* het bezit van de hem verpande zaak. Hij hoopte in dezelfde positie te komen als de vuistpandhouder door het instellen van de *actio Serviana*. De *actio utilis* van de pandhouder aan wie een vordering was verpand kon niet het verkrijgen van het bezit van de verpande zaak betreffen. Bezit van een vordering was onmogelijk in het Romeinse recht. De *actio utilis* gebruikte de pandhouder om de verpande vordering te innen. Een wezenlijk verschil tussen hetgeen kon worden gevorderd met de directe actie en met de

⁹³⁶ Zie Kaser 1969, p. 181-182 (= Kaser 1970, p. 404).

⁹³⁷ Hetgeen cursief is afgedrukt, heb ik toegevoegd aan de *formula*, aangezien Kaser een deel weglief. Na *neque* plaatste Kaser ‘...’.

aangepaste actie paste niet bij het karakter van de aangepaste acties in het Romeinse recht. Een aangepaste actie was een actie, die wat betreft de vordering overeenkwam met de directe actie. De praetor paste een actie juist aan om het mogelijk te maken dat het gevorderde binnen het bereik kwam van personen, die niet voldeden aan de voorwaarden van de directe actie. Een voorbeeld is de *actio utilis* van de 'cessionaris'. De 'cessionaris' vorderde met de *actio utilis* hetgeen de 'cedent' met de directe actie had kunnen vorderen.

De *actio Serviana* was bovendien een zakelijke actie. De pandhouder kon de actie instellen tegen eenieder, die de verpande zaak bezat. Uit de *formula* van de *actio Serviana* bleek het zakelijke karakter. Zo ontbrak de naam van de gedaagde in de *intentio* en bevatte de actie de restitutieclausule, die tot vrij spraak leidde indien de zaak gedurende het proces aan de pandhouder werd gegeven. Een dergelijke formulering paste echter niet bij de *actio utilis* van degene aan wie een vordering was verpand. Zo kon de *formula* van deze actie niet de restitutieclausule bevatten, omdat de actie niet draaide om de afgifte van een zaak, maar om het innen van een vordering. Verder was het ondenkbaar dat voor het eerst in de *condemnatio* de naam van de gedaagde voorkwam, zoals in de zakelijke *actio Serviana*. De vordering die was verpand, moest de pandhouder eerder specificeren door de namen van de schuldeiser en de schuldenaar te noemen. Daarnaast veroordeelde de rechter de gedaagde in de *Serviana* tot zoveel als de verpande zaak waard was, indien de pandhouder de gestelde feiten wist te bewijzen en indien de gedaagde de zaak niet voor het eindvonnis aan de pandhouder gaf. Deze veroordeling paste in een zakelijke actie.

Inning van de verpande vordering bereikte de rechter daarentegen door de schuldenaar van die vordering te veroordelen tot hetgeen hij de pandgever behoorde te geven of tot hetgeen hij voor de pandgever moest doen. Behelsde de verpande vordering de betaling van een geldbedrag, dan veroordeelde de rechter de gedaagde tot de betaling van dit geldbedrag. Betrof de verpande vordering een geven of een doen, dan waardeerde de rechter deze prestatie op een geldbedrag, omdat alle veroordelingen in het Romeinse recht veroordelingen waren tot de betaling van een geldbedrag. Ten slotte waren de dwangmiddelen, die de pandhouder ter beschikking stonden niet dezelfde als bij de zakelijke pandactie. Zo kon de pandhouder van een vordering niet de *actio ad exhibendum* instellen.

Dat de *formula* van de *actio utilis* niet in het stramien van de zakelijke acties past, verbaast niet, omdat de pandhouder geen – wat wij zouden noemen – zakelijk recht had. De grondslag van een zakelijke actie was namelijk niet een verbintenis, maar een de eiser toebehorende zaak of een recht op een zaak.⁹³⁸ Een

⁹³⁸ Zie Gaius' *Instituten* 4,3. De Romeinse juristen plaatsten de beperkte rechten als *iura in re* tegenover het *dominium*. Het *dominium* was de allesomvattende heerschappij over de zaak en deze heerschappij duiden de Romeinen niet aan als *ius*. De eigenaar had de zaak, een ander kon slechts een recht op de zaak hebben. In ons rechtssysteem dat is opgebouwd

vordering was echter geen zakelijk recht, maar de actieve zijde van een verbintenis. De schuldeiser aan de actieve zijde van de verbintenis kwam het recht toe een bepaalde prestatie te vorderen van de schuldenaar, die zich aan de passieve zijde van de verbintenis bevond.⁹³⁹ Schuldeiser en schuldenaar waren verbonden door een band van het recht, een *vinculum iuris*.⁹⁴⁰ De Romeinse juristen maakten in beginsel geen onderscheid tussen het vorderingsrecht en de rechtsvordering.⁹⁴¹ Het processuele scheiden van het materiële paste niet in het rechtssysteem, aangezien een afspraak enkel afdwingbaar was, indien een actie beschikbaar was voor het geval.

De actie die een schuldeiser op grond van een verbintenis kon instellen, was altijd een persoonlijke actie. Persoonlijke acties kenmerkten zich door een *formula* met een rechtsbewering die neerkwam op *dare facere praestare oportere*. Gaius:

Gaius' *Instituten* 4,2

In personam actio est, qua agimus, cum aliquo qui nobis vel ex contractu vel ex delicto obligatus est, id est cum intendimus DARE FACERE PRAESTARE OPORTERE.

Een persoonlijke actie is de actie waarmee wij procederen tegen iemand die uit contract of uit delict jegens ons verbonden is, d.w.z. wanneer wij als rechtsbewering stellen DAT HIJ BEHOORT TE GEVEN, TE DOEN, TE PRESTEREN.

Volgens Kaser paste de praetor de *actio Serviana* zo aan dat in geval van de verpanding van een vordering de pandhouder een persoonlijke actie kreeg.⁹⁴² Mij is echter geen aangepaste actie bekend die zo verschilde van de directe actie dat de aard van de actie van zakelijk in persoonlijk veranderde. Kaser meende wél een dergelijk geval te kennen, te weten de actie van een lager gerangschikte pandhouder, die van de eerste pandhouder het *superfluum* opeiste.⁹⁴³ Het *superfluum* was hetgeen resteerde nadat de hoger gerangschikte pandhouder was voldaan. Kaser betoogde dat de lager gerangschikte pandhouder de *actio Serviana utilis* en *in personam* had.

Welke actie de lager gerangschikte pandhouder had, was een vraag, die de glosse al stelde.⁹⁴⁴ Door de eeuwen heen wisselde het door de rechtsgeleerden

uit subjectieve rechten heeft ook de eigenaar een recht op de zaak, te weten het eigendomsrecht.

⁹³⁹ Bezien vanuit een schuldeiser was de kern van een verbintenis volgens Paulus dat zij een ander jegens ons verplicht om iets te geven, iets te doen of voor iets in te staan. Zie D. 44,7,3pr.

⁹⁴⁰ Zie Justinianus' *Instituten* 3,13pr.

⁹⁴¹ Zie bijvoorbeeld D. 30,44,6. Een uitzondering vormde de natuurlijke verbintenis.

⁹⁴² Zie Kaser 1969, p. 184 (= Kaser 1970, p. 405).

⁹⁴³ Zie Kaser 1969, p. 184 (= Kaser 1970, p. 405-406).

⁹⁴⁴ Zie *Glosse Restituat* bij D. 20,4,12,5: '*Sed qua actione? Respon. in factum forte.*'

gegeven antwoord.⁹⁴⁵ Een antwoord vinden we niet in de bronnen. De Romeinse juristen gaven enkel aan dat de lager gerangschikte pandhouder het overschot moest krijgen.⁹⁴⁶ De pandhouder had geen zakelijke actie om het overschot op te eisen en kon vanzelfsprekend niet de *actio Serviana* instellen tegen de koper van de verpande zaak. Als de eerste pandhouder overging tot de executoriale verkoop van het pand resteerde de tweede pandhouder enkel de vordering op de eerste pandhouder ter verkrijging van een eventueel overschot. De tweede pandhouder kwam als het ware in de plaats van de pandgever, die het overschot zou hebben ontvangen als de zaak niet nogmaals was verpand. Het lijkt mij dan ook veel meer voor de hand liggen dat de tweede pandhouder de eerste pandhouder kon aanspreken met een actie die was gebaseerd op de actie, die anders de pandgever zou hebben gehad om het overschot op te eisen, dat wil zeggen de *actio pignoratitia utilis*. De tweede pandhouder had niet de directe actie, omdat tussen de eerste en de tweede pandhouder geen pandovereenkomst bestond. Deze actie kon de praetor hem wel *utilis* geven. De keizers Diocletianus en Maximianus schreven in 294 aan ene Sabinus ‘*in personam, id est pignoratitia*’ als antwoord op de vraag met welke actie de overwaarde kon worden verkregen.⁹⁴⁷ De keizers benadrukten dat het een persoonlijke actie was.

De *actio pignoratitia directa utilis* lijkt mij voordelen gehad te hebben voor de tweede pandhouder ten opzichte van de *actio Serviana utilis*, die Kaser voorstelde. Zo kon de tweede pandhouder er behoefte aan hebben de eerste pandhouder rekening en verantwoording af te laten leggen voor de executieverkoop, bijvoorbeeld omdat de eerste pandhouder de zaak voor een te lage prijs had verkocht waardoor de opbrengst ten onrechte zo laag was dat er niets overbleef voor de tweede pandhouder. De pandgever had de mogelijkheid hiertoe met de actie uit de pandovereenkomst, de *actio pignoratitia directa*. In geval van meervoudige verpanding kon de tweede pandhouder in plaats van de pandgever behoefte hebben aan deze mogelijkheid. De *actio Serviana* leende zich niet voor het laten afleggen van rekening en verantwoording. De *actio Serviana* was een zakelijke actie gericht op de verkrijging van het bezit van de verpande zaak. Bovendien blijkt uit een constitutie van keizer Alexander Severus dat de tweede pandhouder de *Serviana* niet langer had na de executoriale verkoop van het pand door de eerste pandhouder.⁹⁴⁸ Kaser gebruikte deze actie dan ook ten onrechte als argument ter ondersteuning van zijn theorie dat de *actio Serviana* als *actio utilis* een persoonlijke actie kon zijn.

Ik meen dat de *actio utilis* van de pandhouder aan wie een vordering was verpand een variant was van de actie, die de pandgever had tegen zijn schuldenaar

⁹⁴⁵ Zie Dernburg 1864, p. 487-488.

⁹⁴⁶ Zie bijvoorbeeld D. 20,4,12,5.

⁹⁴⁷ Zie C. 8,27(28),20.

⁹⁴⁸ Zie C. 8,19(20),1pr. [A.D. 230].

als hijzelf de vordering inde.⁹⁴⁹ De praetor nam, denk ik, de *formula* van de actie die de pandgever zou hebben gehad tegen zijn schuldenaar en paste deze aan. Had de pandgever een actie op grond van een *stipulatio*, dan paste de praetor de actie uit de *stipulatio* aan. Betrof het echter een vordering op grond van een verkoop-overeenkomst dan kreeg de pandhouder de *actio venditi* in aangepaste vorm. Het voordeel van deze werkwijze was dat de *formula* van de actie die de pandhouder kreeg in ieder geval dezelfde voorwaarden bevatte als de actie van de pandgever. Die voorwaarden waren namelijk opgenomen in de *formula* van de desbetreffende actie. Denk bijvoorbeeld wat betreft de actie op grond van een stipulatie aan het vereiste dat de vordering opeisbaar moest zijn.⁹⁵⁰ Dit vereiste ontbrak in Kasers reconstructie van de *formula* van de *actio utilis* in geval een vordering uit een stipulatie was verpand.⁹⁵¹ Meer in het algemeen kan bijvoorbeeld gedacht worden aan het vereiste van de goede trouw. Kasers voorbeeld waarin een vordering uit bewaargeving was verpand, bevatte niet het vereiste van goede trouw, ondanks het feit dat bewaargeving tot de overeenkomsten hoorde, die werden beheerst door de goede trouw.⁹⁵² Het was van belang dat de voorwaarden uit de *formula*, die de pandgever kon instellen, niet verloren gingen, omdat het materieelrechtelijk voor de schuldenaar geen verschil mocht maken dat de pandhouder de verpande vordering inde in plaats van de pandgever.

De praetor kon voor het aanpassen van de directe actie een techniek gebruiken die er op neer kwam dat de *intentio* de persoon vermeldde die in de *actio directa* voorkwam, terwijl de *condemnatio* de gedaagde veroordeelde te betalen aan een andere persoon, namelijk degene in wiens belang de *actio utilis* was gegeven. De praetor gebruikte deze techniek bijvoorbeeld in geval van een cessiemandaat en in de *actio Rutiliana* om te bereiken dat de koper van een boedel acties kon instellen, die tot de boedel behoorden. In geval van een cessiemandaat kon de *procurator in rem suam* de actie niet in zijn eigen naam instellen, omdat hij slechts vertegenwoordiger was. De *intentio* bevatte de naam van de

⁹⁴⁹ Zo ook Wubbe, zie Wubbe 1958, p. 178, nt. 111: ‘*Der Forderungspfandgläubiger kann mit a. utilis, der gleichen, welche dem Verpfänder als directa zusteht, auf Leistung klagen.*’ Wubbe’s artikel betrof herverpanding en om die reden nam hij niet de ruimte om zijn stelling uit te leggen. Hetzelfde geldt voor Selb, die zonder verdere toelichting schreef naar aanleiding van een ander geval (zie Selb 1982, p. 335): ‘*Die actio utilis ist die abgewandelte Grundklage aus dem verpfändeten Recht; ähnlich dann beim pignus nominis, die abgewandelte Klage aus der verpfändeten Forderung, nicht eine in personam abgewandelte actio Serviana, nicht die Pfandverfolgungsklage.*’ Selb vermeldde dat deze opvatting tegengesteld was aan die van Kaser.

⁹⁵⁰ Zie hiervoor p. 260. De *formula* bevatte de eis dat de termijn van de zaak moest zijn vervallen: ‘*rei dies fuit.*’

⁹⁵¹ Zie Kaser 1969, p. 182 (= Kaser 1970, p. 404).

⁹⁵² Zie Gaius’ *Instituten* 4,62.

schuldeiser, die het cessiemandaat had gegeven. De *condemnatio* luidde zo dat de gedaagde moest betalen aan de *procurator in rem suam*.⁹⁵³

Dezelfde techniek gebruikte de praetor in een aantal acties waar de verwisseling van personen ertoe leidde dat een ander werd veroordeeld tot betalen dan de persoon, die voorkwam in de *intentio*. Dit type aanpassing leidde er met andere woorden toe dat een ander dan de schuldenaar kon worden aangesproken, zoals bijvoorbeeld het geval was in de *actio institoria* en de *actio exercitoria*.⁹⁵⁴ De *actio institoria* kon iemand die zaken had gedaan met een bedrijfsleider instellen tegen degene die de bedrijfsleider had aangesteld. De *actio exercitoria* maakte het mogelijk dat iemand die een vordering had tegen een kapitein van een schip procedeerde tegen diens reder.⁹⁵⁵ Beide acties staan bekend als actie met een toegevoegd karakter, oftewel *actiones adiecticiae qualitatis*, omdat deze acties geen nieuwe vordering in het leven riepen, maar het mogelijk maakten betaling van een bestaande vordering te verkrijgen van een ander dan degene die normaalgesproken aansprakelijk was. Ze voegden op grond van de aanstelling in een bepaalde functie een aansprakelijke persoon toe, zoals tot uitdrukking komt in de benaming.⁹⁵⁶

De praetor paste de *formulae* van de directe acties zo aan dat in de *condemnatio* veroordeling volgde van de reder of de baas van de bedrijfsleider. De *intentio* bevatte zowel de naam van de kapitein, als die van de reder in geval van een *actio exercitoria*. In de *intentio* moest namelijk niet alleen de vordering van de eiser tegen de kapitein staan, maar ook de verhouding van de kapitein tot de reder.⁹⁵⁷ De rechter moest toetsen of de reder de kapitein had aangesteld. Als de eiser slaagde in de levering van het bewijs, dan was de rechter op grond van de *condemnatio* bevoegd de reder te veroordelen tot betaling. Lenel benadrukte de consistentie van het rechtssysteem en reconstrueerde bovendien de *formula*.⁹⁵⁸ In zijn voorbeeld was sprake van een aangepaste actie uit koop:

⁹⁵³ Zie Gaius' *Instituten* 4,86.

⁹⁵⁴ Zie voor een uitleg van deze acties Gaius' *Instituten* 4,71. Zie verder over de *actio exercitoria* titel 14,1 in de Digesten en over de *actio institoria* titel 14,3 in de Digesten.

⁹⁵⁵ De *actio exercitoria* bood bijvoorbeeld uitkomst als een kapitein niet in staat was een lening terug te betalen, omdat hij het geld voor zichzelf had gebruikt in plaats van voor het schip, zoals was afgesproken bij het afsluiten van de lening. Zie D. 14,1,1,9.

⁹⁵⁶ Deze benaming was niet klassiek, zie Feenstra 1994, p. 256 (nr. 398). Volgens Feenstra komt de benaming *actiones adiecticiae qualitatis* van de Glossatoren. Het slot van D. 14,1,5,1 (een fragment van Paulus) benadrukt het toegevoegde karakter: '*hoc enim edicto non transfertur actio, sed adicitur.*' In vertaling luidt deze zin als volgt: 'Door dit edict wordt namelijk niet een actie overgedragen, maar wordt er een toegevoegd.'

⁹⁵⁷ Zie Feenstra 1994, p. 258-259 (nr. 398) & Kaser/Hackl 1996, p. 341 (§ 49).

⁹⁵⁸ Zie Lenel 2010 (onveranderde herdruk 1927), p. 263 (§ 101). Hij reconstrueerde de *intentio* van de *actio institoria* door zich te verplaatsen in de praetor. Zijn reconstructie vond plaats na de behandeling van een Digestenfragment waarin de *institor* een slaaf was: '*Er will den dominus aus den Geschäften des institor haftbar machen, so haftbar machen,*

Quod Aulus Agerius de Lucio Titio, cum is a Numerio Negidio tabernae instructae praepositus esset, eius rei nomine decem pondo olei emit, qua de re agitur, quidquid ob eam rem Lucium Titium Aulo Augerio dare facere oportet ex fide bona, eius iudex Numerium Negidium Aulo Augerio condemnato si non paret absolvito.⁹⁵⁹

Gezien het gestelde feit dat Aulus Agerius van Lucius Titius, die door Numerius Negidius als bedrijfsleider is aangesteld, tien pond olijfolie heeft gekocht, over welke zaak de procedure gaat, moet de rechter Numerius Negidius jegens Aulus Agerius veroordelen tot al datgene wat Lucius Titius deswege jegens Aulus Agerius op grond van de goede trouw behoort te geven of te doen; indien dit feit niet komt vast te staan, moet hij hem vrijspreken.

De *formula* van de *actio institoria ex empto* is grotendeels hetzelfde als die van de *actio empti*. Ulpianus sprak dan ook niet voor niets zonder meer over aansprakelijkheid op grond van de actie uit koop.⁹⁶⁰

De praetor kon van deze techniek gebruik maken bij het opstellen van de *actio utilis*, die toekwam aan de pandhouder van een vordering, omdat de veroordeling plaatsvond ten gunste van een ander dan degene die in de *intentio* als schuldeiser was genoemd. Het lijkt mij niet voor de hand liggen dat de praetor gebruik maakte van een andere techniek, zoals de door de praetor in verschillende aangepaste acties gebruikte techniek die neerkwam op het gebruik van een fictie in de *formula*.⁹⁶¹ De fictie hield bijvoorbeeld in dat de rechter recht moest spreken alsof één van beide partijen Romeins burger was.⁹⁶² Een ander voorbeeld was de fictie dat een verjaring was voltooid, zoals in de *actio Publiciana*, waardoor een verjaringsbezitter de zaak kon opvorderen als ware hij eigenaar.⁹⁶³ De praetor kon echter geen fictie gebruiken in de *actio utilis*, die toekwam aan de pandhouder van een vordering, omdat het gebruik van een fictie in de weg stond aan de levering

wie der institor selbst haftbar ist oder sein würde, wenn er kein Sklave wäre. War es nicht das nächste und natürlichste, daß er an der aus diesen Geschäften abfließenden Formel nur soviel änderte, als sein Zweck es erforderte, daß er, soweit irgend möglich, es vermied, aus den mit so überlegter Feinheit konstruierten Formelgebäuden, an deren Interpretation sich das gesamte Kontraktsrecht anlehnte, wesentliche Bausteine herauszunehmen? Wurde er nicht mit zwingender Notwendigkeit auf unser Schema hingedrängt, das den Judex unter Benutzung der für den betreffenden Fall gegebenen Formelworte anweist, zu untersuchen, was der institor schulde oder schulden würde, und darauf dann den dominus zu kondemnieren?

⁹⁵⁹ Zie Lenel 2010 (onveranderde herdruk 1927), p. 263 (§ 101). Zo ook Mantovani 1999, p. 79-80.

⁹⁶⁰ Zie D. 14,3,5,12.

⁹⁶¹ De betreffende *actiones utiles* staan om die reden ook wel bekend als *actiones ficticiae*. Zie over de *formulae ficticiae* bijvoorbeeld Riccobono 1928.

⁹⁶² Zie voor de fictie dat één van beide partijen Romeins burger was Gaius' *Instituten* 4,37.

⁹⁶³ De *actio Publiciana* was een *reivindicatio utilis*. Zie bijvoorbeeld D. 44,7,35, Paulus, *Het Edict van de praetor I*. Dit fragment van Paulus bevatte de volgende zinsnede: '*item Publiciana, quae ad exemplum vindicationis datur.*' Vertaling: 'of met de Publiciana, die naar analogie van de eigendomsactie wordt verleend.'

van bewijs ten aanzien van de werkelijke verhouding tussen partijen.⁹⁶⁴ Denk bijvoorbeeld aan een fictie, die inhield dat de rechter de pandhouder moest behandelen als ware hij schuldeiser of erfgenaam van de schuldeiser. De praetor kon niet in één en dezelfde *formula* veronderstellen dat de pandhouder schuldeiser of erfgenaam was én tegelijkertijd bewijs verlangen van de verpanding.

De praetor stelde de *formula* namelijk zo op dat bewijsvoering plaatsvond bij de particuliere rechter. De praetor onderzocht de vordering van eiser slechts beperkt. Hij ontzegde de eiser de actie, indien ontegenzeggelijk vaststond dat de vordering ongegrond was, bijvoorbeeld omdat hem bekend was dat de eiser opzettelijk de feiten verkeerd weergaf.⁹⁶⁵ Wat betreft de verpanding van een vordering zal de praetor het bewijs van een aantal elementen essentieel hebben geacht. Ten eerste zal de pandhouder het bestaan van de verpande vordering hebben moeten bewijzen. Ten tweede moest de pandhouder aantonen dat de vordering aan hem was verpand. Ten derde moest de pandhouder een aantal aspecten bewijzen ten aanzien van de vordering ter verzekering waarvan de verpanding had plaatsgevonden. Deze vordering duid ik hierna aan als de gesecureerde vordering. Om te beginnen moest de pandhouder het bestaan van deze vordering bewijzen. De pandhouder mocht de verpande vordering enkel innen, indien de gesecureerde vordering niet was betaald en er niet op andere wijze genoegdoening was gegeven.⁹⁶⁶ Ook mocht de pandhouder niet in schuldeisersverzuim zijn, zoals de *actio Serviana* eiste in geval een lichamelijke zaak was verpand.⁹⁶⁷ Het mocht – met andere woorden – niet aan de pandhouder hebben gelegen, dat de gesecureerde vordering niet was betaald.

Voor de reconstructie van de *formula* zoek ik aansluiting bij de bronnen. De Romeinse juristen spraken over het in pand geven van de ‘*nomen debitoris*’, de naam van de schuldenaar.⁹⁶⁸ Zo begon de constitutie van Alexander Severus

⁹⁶⁴ De fictie mocht er niet toe leiden dat van belang zijnde feiten niet in de *formula* pasten, omdat ze dan waren uitgesloten van bewijs. De door de praetor gebruikte ficties doorstonden deze test. Zo maakte de fictie dat één van beide partijen Romeins burger was het enkel mogelijk te procederen naar Romeins recht. Deze fictie raakte niet het bewijs van feiten, die inhoudelijk van belang waren voor het geval. In de *actio Publiciana* stond de fictie niet in de weg aan bewijsvoering door de verjaringsbezitter: hij moest op grond van de *formula* bewijzen dat hij de zaak had gekocht en dat het bezit van de zaak hem was overgedragen. Enkel het tijdsverloop werd gefingeerd. Ten slotte noem ik het voorbeeld van de boedelbezitters, zoals de *bonorum emptor*, die procedeerden met de fictie dat zij erfgenaam waren. In dit geval maakte de fictie dat de *bonorum emptor* niet hoefde te bewijzen dat hij de opkoper van de boedel was. Een probleem was dit echter niet, omdat de boedel aan hem was toegewezen door de praetor bij decreet.

⁹⁶⁵ Zie Kaser/Hackl 1996, p. 239 (§ 32).

⁹⁶⁶ Zie bijvoorbeeld C. 8,16(17),4.

⁹⁶⁷ Zie voor de *formula* Lenel 2010 (onveranderde herdruk 1927), p. 494 (§ 267). Lenel leidde deze zinsnede met name af uit C. 4,32,19,2.

⁹⁶⁸ Zie § 6.2.

met de woorden: ‘*Nomen quoque debitoris pignerari*’, en zei Paulus: ‘*Si convenerit, ut nomen debitoris mei pignori tibi sit.*’⁹⁶⁹ Als voorbeeld neem ik het geval waarin Appius een vordering had op Blasius ter betaling van de koopprijs van een slaaf. Appius leende vervolgens geld van Cassius, waarbij ze overeenkwamen dat ter verzekering van Cassius’ vordering de vordering van Appius op Blasius was verpand aan Cassius. Toen Appius zijn verplichtingen jegens Cassius niet nakwam, wilde Cassius de verpande vordering innen. Hij stapte naar de praetor. Schematisch gezien was er sprake van de volgende driehoeksverhouding:

* = Vordering ter verzekering waarvan het pandrecht was gevestigd.

De *actio utilis*, die de praetor Cassius gaf, luidde naar mijn mening als volgt:

X iudex esto. Quod Appius Blasio hominem qua de re agitur vendidit, si paret inter Cassium et Appium convenisse, ut id nomen Blasio Cassio pignori datum esset propter x milia sestertia debita eaque neque soluta neque eo nomine satisfactam esse neque per Cassium stare quo minus solvatur, quidquid ob eam rem Blasium Appio dare facere oportet ex fide bona usque ad id, quod Appius deberi a Cassio,

X zij rechter. Gezien het gestelde feit dat Appius aan Blasius de slaaf waarover wordt geageerd, heeft verkocht, en indien komt vast te staan dat tussen Appius en Cassius overeengekomen is dat de vordering op Blasius Cassius in pand is gegeven wegens een schuld van tienduizend sestertiën, dat die schuld niet is betaald noch voor die schuld voldoening is gegeven en dat het niet aan Cassius heeft gelegen dat er niet is betaald, moet Gij, rechter, Blasius jegens Cassius veroordelen tot al datgene wat Blasius deswege jegens Appius op grond van de goede trouw behoort te geven of te doen ten hoogste tot het bedrag dat Appius aan

⁹⁶⁹ Zie C. 8,16(17),4: ‘*Nomen quoque debitoris pignerari et generaliter et specialiter posse pridem placuit. quare si debitor is satis non facit, cui tu credidisti, ille, cuius nomen tibi pignori datum est, (...)*’ Zie voor de volledige tekst van dit fragment hiervoor p. 7. Zie verder D. 20,1,13,2: ‘*Et verum est, quod Pomponius libro septimo ad edictum scribit, si quidem pecuniam debet is, cuius nomen pignori datum est, (...)*’ Zie voor het volledige fragment p. 142. Zie tenslotte D. 13,7,18pr.: ‘*Si convenerit, ut nomen debitoris mei pignori tibi sit, (...)*’ Zie voor het volledige fragment p. 8.

eius, iudex, Blasium Cassio condemnna, si non pareret, absolve.

Cassius schuldig is; indien het gestelde niet komt vast te staan, moet Gij hem vrijspreken.

De kern van de actie was, denk ik, de *formula* van de *actio venditi*, de actie van de verkoper, oftewel de actie die Appius tegen Blasius had. De *formula* van deze actie luidde als volgt.⁹⁷⁰

Quod Appius Blasio hominem qua de re agitur vendidit, quidquid ob eam rem Blasium Appio dare facere oportet ex fide bona, eius iudex Blasium Appio condemnna, si non pareret, absolve.

Gezien het gestelde feit dat Appius aan Blasius de slaaf waarover geageerd wordt, heeft verkocht, moet Gij, rechter, Blasius jegens Appius veroordelen tot al datgene wat Blasius deswege jegens Appius op grond van de goede trouw behoort te geven of te doen; als het gestelde feit niet komt vast te staan, moet Gij hem vrijspreken.

Deze *formula* heb ik zo aangepast dat de persoon ten gunste van wie de rechter de gedaagde moest veroordelen een andere persoon was dan de persoon, die in de *intentio* voorkwam, zoals de praetor gewoon was te doen in een aantal hiervoor besproken gevallen. De veroordeling vond niet plaats ten gunste van de pandgever, maar ten gunste van de pandhouder.

Verder bevatte de *formula* naar mijn mening een aantal elementen uit de *actio Serviana*. De *actio Serviana* noemde namelijk een aantal voorwaarden voor veroordeling, die ook van toepassing waren, indien een vordering was verpand. Het betreft het bewijs dat de vordering ter verzekering waarvan de verpanding had plaatsgevonden niet was voldaan, dat er niet anderszins voldoening was gegeven en dat de pandgever niet zelf in schuldeisersverzuim verkeerde. In tegenstelling tot Kasers *formula*, houdt voor mijn reconstructie de gelijkenis met de *actio Serviana* hier op.

Een gevolg van een dergelijke werkwijze van de praetor was dat er niet één vaste *formula* bestond, die iedere pandhouder toekwam. De praetor nam de *formula* van de actie die de pandgever zou hebben gehad tegen zijn schuldenaar en paste deze aan. De techniek sluit aan op de techniek, die de praetor in andere aangepaste acties hanteerde.

De *actio utilis* van de pandhouder paste op nog een andere manier in het systeem. In meer gevallen beschermde de praetor door het ter beschikking stellen van *actiones utiles* een overeenkomst, die partijen hadden gesloten met de bedoeling dat een vordering die toekwam aan de ene partij door de andere partij zou kunnen worden geïnd als aan bepaalde voorwaarden was voldaan. De praetor beschermde niet alleen een dergelijke overeenkomst in geval van verpanding van een vordering, maar ook in gevallen die wij zouden aanduiden als cessie. De

⁹⁷⁰ Zie Lenel 2010 (onveranderde herdruk 1927), p. 299 (§ 110) voor de *formula* van de *actio venditi*.

keizers Diocletianus en Maximianus schreven aan ene Manasea het volgende betreffende een geval waarin een schuldbekentenis was verpand. Verpanding van een schuldbekentenis was verpanding van de vordering, waarvan de schuldbekentenis tot bewijs diende.⁹⁷¹

C. 4,39,7 [jaartal onbekend]

Impp. Diocletianus et Maximianus AA. Manaseae. Postquam eo decursum est, ut cautiones quoque debitorum pignori darentur, ordinarium visum est, ut post nominis venditionem utiles emptori, sic (ut responsum est) vel ipsi creditori postulanti dandas actiones.

De doorluchtige keizers Diocletianus en Maximianus aan Manasea. Nadat het ertoe is gekomen dat ook schuldbekentenissen van schuldenaren als pand werden gegeven, is het als een normale regel beschouwd net als na de verkoop van een vordering aan de koper, zo ook – conform hetgeen als advies gegeven is – aan de schuldeiser, wanneer hij dit verlangt, aangepaste acties te verlenen.⁹⁷²

In het Romeinse recht was van een werkelijke overdracht van een vordering geen sprake. De ‘cedent’ kon bijvoorbeeld wel een cessiemandaat verlenen aan de ‘cessionaris’, zodat de ‘cessionaris’ de vordering kon innen. Het cessiemandaat maakte dat de ‘cessionaris’ procedeerde in naam van de ‘cedent’ en bracht niet steeds uitkomst. De praetor gaf om die reden na verloop van tijd in verschillende gevallen een zelfstandige *actio utilis* aan de ‘cessionaris’ om de ‘gecedeerde’ vordering te innen. De ‘cessionaris’ ageerde met de *actio utilis* in eigen naam. De praetor gaf deze actie voor het eerst naar aanleiding van het *senatusconsultum Trebellianum* van het jaar 56 of 57 n. Chr. aan iemand die op grond van een fideï-commis een nalatenschap uitgekeerd moest krijgen. Een *actio utilis* kwam in de

⁹⁷¹ Uit een fragment van Ulpianus (D. 20,1,20) blijkt dat eerst de *actio utilis* werd gegeven aan personen aan wie een schuldbekentenis in pand was gegeven en pas daarna aan personen aan wie een vordering was verpand zonder dat een schuldbekentenis was overhandigd aan de pandhouder.

⁹⁷² Mijn vertaling wijkt af van de vertaling van Spruit c.s., die als volgt luidt: ‘Nadat het ertoe is gekomen dat ook schuldbekentenissen van schuldenaren als pand werden gegeven, is het als een normale regel beschouwd na de verkoop van een vordering aan de koper – conform hetgeen als advies gegeven is – of aan de schuldeiser wanneer hij dit verlangt aangepaste acties te verlenen.’ Zie voor kritiek op de vertaling van Spruit c.s. Brandsma 2013-1, p. 236. Lioni vertaalde de constitutie als volgt (zie Lioni 1885, p. 59): ‘Nadat men er ook toe gekomen is, schuldbekentenissen als objecten van verpanding te beschouwen, heeft men het als in den aard der zaak liggend geacht, dat den pandcrediteur van zulk eene inschuld eene *actio utilis* toekomt, juist op dezelfde wijze als die gegeven wordt aan den kooper eener inschuld – zooals ook uit de *responsa* blijkt.’ Over de tekst van deze constitutie is in het verleden veel te doen geweest. Krüger toonde in de jaren ’80 van de negentiende eeuw aan dat de constitutie anders luidde dan tot dan toe gedacht. De oude lezing van de constitutie kwam erop neer dat als de pandhouder de verpande vordering verkocht, de koper een *actio utilis* kreeg, net zoals de pandhouder. Zie Krüger 1874, p. 115. Zie over Krüger’s ontdekking, bijvoorbeeld, Brandsma 2013-1, p. 234 en verder. Zie ook Lioni 1885, p. 59 en p. 150.

loop van de tijd in steeds meer gevallen beschikbaar. Zo kon de koper van een vordering ageren met een *actio utilis*. De *actio utilis* die de praetor ter beschikking stelde, maakte dat de koper de schuldenaar van de 'gecedeerde' vordering tot betaling kon dwingen. De opbrengst kwam hem toe. Hij was schuldeiser naar praetorisch recht. De 'cedent' bleef echter beschikken over de directe actie. Hij bleef schuldeiser naar *ius civile*, maar de praetor zorgde ervoor dat de schuldenaar van de 'gecedeerde' vordering niet meer bevrijdend kon betalen aan de 'cedent' vanaf het moment dat mededeling was gedaan van de 'cessie' aan de schuldenaar. De schuldenaar kreeg een exceptie die hij kon opwerpen tegen de 'cedent'. Als de schuldenaar de exceptie niet opwierp en willens en wetens toch betaalde aan de 'cedent', dan bevrijdde deze betaling de schuldenaar niet ten opzichte van de 'cessionaris'.

Verpanding van een vordering had deels dezelfde rechtsgevolgen als 'cessie' in het Romeinse recht. Ook in geval van verpanding gaf de praetor een *actio utilis* aan een ander dan de schuldeiser naar *ius civile* om de vordering te innen. Verpanding van een vordering was echter niet hetzelfde als 'cessie', alleen al niet omdat de wil van de betrokken partijen niet gericht was op overdracht van de vordering. Partijen wilden enkel een zekerheidsrecht in het leven roepen. Zo leidde het innen van de verpande vordering er niet toe dat het geïnde aan de pandhouder toekwam, zoals het toekwam aan de 'cessionaris' in geval van 'cessie'. Indien de verpande vordering de betaling van een geldbedrag inhield, dan mocht de pandhouder de vordering bovendien slechts innen tot het bedrag van de verzekerde vordering, dat wil zeggen het bedrag dat de pandgever hem schuldig was. De door de pandhouder verkregen geldsom werd verrekend met het bedrag dat de pandgever hem schuldig was op grond van de geseceureerde vordering. De pandhouder verhaalde zich zo op het geïnde. Betrof de verpande vordering niet de betaling van een geldbedrag, maar het geven van een zaak, dan kreeg de pandhouder de zaak als pand.

Aan de ene kant kreeg de pandhouder ten opzichte van de schuldenaar van de verpande vordering een zelfstandige positie dankzij de *actio utilis*, aangezien de pandhouder zich ten opzichte van de schuldenaar van de verpande vordering als schuldeiser manifesteerde. Zo kon de schuldenaar van de verpande vordering enkel bevrijdend betalen aan de pandhouder zodra hij op de hoogte was gebracht van de verpanding. De *actio utilis*, die de praetor ter beschikking stelde aan de pandhouder maakte in die zin dat verpanding van een vordering leidde tot een schuldeiser naar praetorisch recht naast de schuldeiser naar *ius civile*.

Aan de andere kant leidde de *actio utilis* in geval van verpanding er in beperktere mate toe dat de pandhouder de plek innam van de schuldeiser naar *ius civile* in vergelijking met 'cessie'. De bevoegdheden van de pandhouder werden beperkt door het zekerheidskarakter van het pandrecht. Hij was enkel, zoals Dernburg schreef, *Pfandgläubiger*, oftewel pandschuldeiser. De *actio utilis*

maakte hem niet onbeperkt schuldeiser. Het *ius honorarium* was een flexibel instrument, dat de praetor de mogelijkheid gaf om de pandhouder slechts de bevoegdheden te geven, die nodig waren ter verzekering van zijn pandrecht en niet meer.

De *actio utilis* waarmee de pandhouder de schuldenaar van de verpande vordering tot betaling kon dwingen, bracht naar onze begrippen mee dat de pandhouder een recht toekwam. In het Romeinse recht gold in onze terminologie: ‘*ubi actio, ibi ius*’, oftewel waar een actie is, is een recht. Dit uitgangspunt blijkt bijvoorbeeld ook uit de verhouding van het recht van de pandgever tot het recht van de pandhouder. Hoe het recht van de pandgever zich verhielt tot het recht van de pandhouder volgde uit de acties en excepties, die de praetor aan hen ter beschikking stelde.

In ons recht is de verpanding van een vordering op een andere wijze geconstrueerd. Bij ons bezwaart de pandgever zijn vordering met het pandrecht. In het Romeinse recht kreeg de pandhouder geen recht op een ander recht. Een vordering was de actieve zijde van een verbintenis en geen object van rechten. De procesrechtelijke insteek maakte dat de Romeinen een constructie waarin rechten op elkaar werden gestapeld niet nodig hadden. Zelfs in geval van herverpanding was geen sprake van de vestiging van een recht op een recht. Herverpanding was niets anders dan de verpanding van een door een pandrecht verzekerde vordering. De pandhouder werd door de praetor in staat gesteld om het pandrecht uit te oefenen dat de verzekerde vordering dekte.

Het uitgangspunt dat waar een actie was, een recht bestond, maakte dat de Romeinse juristen niet in de knel kwamen als bijvoorbeeld een ‘beperkt recht’ tenietging dat – zoals wij zouden zeggen – het object was van een ander recht. Zo kon het zijn dat een vruchtgebruiker een pandrecht had gevestigd. Er waren gevallen denkbaar waarin het niet voor de hand lag dat de pandhouder zijn recht kwijtraakte als het vruchtgebruik tenietging. Denk aan het geval waarin de vruchtgebruiker afstand deed van zijn recht, of het geval waarin het vruchtgebruik tenietging, omdat de vruchtgebruiker de eigendom van de zaak verkreeg. De Romeinse juristen hadden geen moeite met een dergelijk geval. De pandhouder kon dan de zaak nog steeds opeisen met de *actio Serviana utilis* na het tenietgaan van het vruchtgebruik door vermenging. Een beroep op de reguliere *actio Serviana* had de pandhouder nooit gehad, omdat zijn pandrecht was gevestigd door iemand, die niet de zaak in zijn vermogen had, zoals de *Serviana* eiste.⁹⁷³ De vruchtgebruiker had niet de zaak in zijn vermogen, maar enkel een *ius in re*. De pandhouder kreeg de *actio Serviana* om die reden als analoge actie, oftewel als *actio utilis*. De *actio Serviana* was zo geformuleerd dat vermenging er niet toe deed. De pandhouder kon de *actio Serviana* instellen zolang de geldschuld ter

⁹⁷³ Zie voor de *formula* van de *actio Serviana* p. 244.

verzekering waarvan de verpanding had plaatsgevonden, niet was betaald, er niet anderszins genoegdoening was gegeven en het bovendien niet aan hem als schuldeiser had gelegen dat er niet was betaald. Het ter beschikking staan van een actie of een verweermiddel betekende ook hier dat de gerechtigde een recht had.

De Romeinse juristen zagen bovendien de verpanding van een vordering niet als de vestiging van een recht op een onlichamelijke zaak, zoals ons OBW. Weliswaar was het Gaius, die het begrip onlichamelijke zaak introduceerde in het recht, maar dit begrip vervulde niet dezelfde rol als in ons OBW aangezien het begrip niet diende ter rechtvaardiging van de vestiging van een recht op een recht. Volgens Gaius waren de zaken 'die in rechte bestaan' onlichamelijk. 'Beperkte rechten' en vorderingsrechten waren onlichamelijke zaken. Gaius schiep de onlichamelijke zaak niet met het doel de 'beperkte rechten' en vorderingsrechten voortaan op dezelfde manier als de lichamelijke zaken te behandelen. Gaius gebruikte in veel opzichten het begrip onlichamelijke zaak juist om het onderscheid tussen beide categorieën zaken duidelijk te maken. Zo konden lichamelijke zaken worden bezeten, terwijl bezit van onlichamelijke zaken onmogelijk was. De aard van de zaak was leidend voor hetgeen rechtens was. Wat betreft een vordering benadrukten de Romeinse juristen de band tussen schuldeiser en schuldenaar. De kwalificatie als onlichamelijke zaak maakte bijvoorbeeld niet dat de schuldeiser zichzelf kon losmaken uit deze verbintenis om zijn positie over te dragen aan een ander.

Het gebruik van het begrip onlichamelijke zaak maakte het Gaius mogelijk zijn *Instituten* onder te verdelen in drie delen: personen, acties en zaken. De onlichamelijke zaak maakte het zaaksbegrip zo alomvattend dat elk denkbaar onderwerp van een juridische procedure onder het begrip zaak viel. Alles dat onderwerp kon zijn van een juridische procedure, oftewel alles dat in rechte bestond, was getransformeerd tot zaak. Gaius plaatste de 'beperkte rechten' en vorderingsrechten als onlichamelijke zaken naast de lichamelijke zaken, omdat deze niet tastbare zaken van waarde waren en zodoende samen met de lichamelijke zaken het actief van het vermogen vormden. In Gaius' beleving had een eigenaar de lichamelijke zaak in zijn vermogen, niet het eigendomsrecht van de zaak, zoals wij zouden denken. De onlichamelijke zaken maakten evenzeer deel uit van het vermogen als lichamelijke zaken. Ze waren juridisch van nature, want ze bestonden enkel in rechte. Een vordering behoorde op dezelfde manier toe aan de schuldeiser als bijvoorbeeld een lichamelijke zaak aan zijn eigenaar. Wubbe doorzag Gaius:

'Allerlei Rechtsbeziehungen, die die moderne Lehre als subjektive Rechte qualifiziert, werden hier unkörperliche Sachen genannt, nicht aber das Eigentum. Dagegen werden die res corporales von dieser Einteilung nur erfaßt, sofern sie im Eigentum des Einzelnen stehen, d.h. sofern sie Bestandteile eines Privatvermögens sind. Wir sehen also: nicht nur wird das Eigentum nicht als ius, es werden vielmehr

*iura als res qualifiziert. Ein Vermögen besteht hiernach nicht, auch nicht zum Teil, aus (subjektiven) Rechten, sondern lediglich aus (körperlichen und unkörperlichen) Sachen. Für die Vorstellung des subjektiven Rechts bleibt dann kein Platz.*⁹⁷⁴

Verskillende Pandektisten interpreteerden het onderscheid dat Gaius maakte tussen lichamelijke en onlichamelijke zaken zo dat het enkel zag op subjectieve rechten. In hun ogen plaatste Gaius het eigendomsrecht tegenover de ‘beperkte rechten’ en de vorderingsrechten. Voor zaken bleef op die manier geen plaats. Windscheid kon dan ook concluderen: ‘*In der Eintheilung der res in res corporales und incorporales bezeichne res Rechte.*’⁹⁷⁵ Het grote verschil tussen de Pandektisten en Gaius is echter dat Gaius’ rechtswereld een wereld was waarin de acties centraal stonden. Het begrip subjectief recht speelde geen ordenende rol, zoals bij de Pandektisten. Gaius ging dan ook niet van het subjectieve recht uit toen hij het onderscheid maakte. Hij hoefde zich dientengevolge niet druk te maken om de plaats van het eigendomsrecht.⁹⁷⁶ Wie het Romeinse recht niet bestudeert met het besef dat het Romeinse recht actiënrecht was waarin het voor ons zo belangrijke begrip subjectief recht niet centraal stond, loopt vast bij de interpretatie van Gaius’ indeling. Hij mist het eigendomsrecht. In het Romeinse recht stonden echter de acties centraal, niet de rechten.

De constructie die ontstond als een vordering was verpand, demonstreert het procesrechtelijke uitgangspunt. Verpanding van een vordering leidde tot de toekenning van een *actio utilis* aan de pandhouder waarmee hij de verpande vordering kon innen om zich vervolgens te verhalen op het geïnde. De pandgever bleef schuldeiser naar *ius civile*. De pandhouder kreeg echter tegelijkertijd naar praetorisch recht een zelfstandige positie ten opzichte van de schuldenaar van de verpande vordering, die enkel aan hem nog bevrijdend kon betalen als hem mededeling van de verpanding was gedaan. De *actio utilis* maakte echter niet dat de pandhouder precies dezelfde bevoegdheden had als de pandgever. De pandhouder kreeg enkel de bevoegdheden die overeenkwamen met zijn positie als zekerheidsgerechtigde. De *actio utilis* van de pandhouder was een persoonlijke actie naar het voorbeeld van de actie die de pandgever had tegen de schuldenaar van de verpande vordering. Zijn positie was dan ook een fundamenteel andere dan de positie van degene die een lichamelijke zaak verpand had gekregen. De pandhouder van een lichamelijke zaak had de zakelijke *actio Serviana*, die hij kon instellen tegen eenieder, die de verpande zaak onder zich had. De zakelijke actie maakte dat de pandhouder van een lichamelijke zaak een recht op een zaak had. De pandhouder van een vordering had geen recht op een zaak, ook niet een recht

⁹⁷⁴ Zie Wubbe 1965, kolom 337.

⁹⁷⁵ Zie Windscheid 1887, p. 109 (§ 42), nt. 5.

⁹⁷⁶ Zie bijvoorbeeld Pichonnaz 2004, p. 112.

op een onlichamelijke zaak. Hij had enkel een persoonlijke actie en kon bovendien niets anders hebben, aangezien de pandgever zelf niet over een zakelijke actie beschikte om de verpande vordering te innen. De pandhouder miste een dergelijke actie niet, aangezien hij bereikte met de *actio utilis* wat hij wilde, namelijk de mogelijkheid de verpande vordering te innen, zodat hij zich kon verhalen op de opbrengst.

Summary

A soldier wanted to know if a claim could be pledged, and if so, how such a security was realized. Emperor Alexander Severus responded at the 28th of February in the year 225:

C. 8,16(17),4 [A.D. 225]

Imp. Alexander A. ..., evocato.

Nomen quoque debitoris pignerari et generaliter et specialiter posse pridem placuit. quare si debitor is satis non facit, cui tu credidisti, ille, cuius nomen tibi pignori datum est, nisi ei cui debuit solvit nondum certior a te de obligatione tua factus, utilibus actionibus satis tibi facere usque ad id, quod tibi deberi a creditore eius probaveris, compelletur, quatenus tamen ipse debet.

Emp. Alexander [Severus] to ..., a veteran again called to service.

It has long been considered the law that a claim can be pledged by a debtor both generally and specifically. So if a debtor to whom you extended credit does not give satisfaction, he, whose debt was given to you as a pledge, unless he paid his creditor before learning from you of your obligation, is compelled by *actiones utiles* to give satisfaction to you up to the amount due to you from his creditor, but within the amount he himself is indebted.⁹⁷⁷

According to the emperor, pledge of a claim had been accepted before. The emperor speaks of *actiones utiles* granted to the pledgee, which he could use to claim performance from the debtor of the claim pledged. If a money claim was concerned, the pledgee was only able to claim the amount his debtor, i.e. the pledgor, owed him.⁹⁷⁸ In that case, the pledgee had to set off the collected amount with the claim, that had been secured by the pledge, i.e. the claim secured. If the object of the claim pledged was not a sum of money, but a tangible, then the pledgee obtained the tangible *pignoris loco*, that is to say instead of the pledge. In that case, pledge of a claim entailed the advanced pledge of a tangible. Paul:

D. 13,7,18pr.

Paulus, libro vicensimo nono ad edictum. Si convenerit, ut nomen debitoris mei pignori tibi sit, tuenda est a praetore haec conventio, ut et te

Paul, Edict XXIX. Suppose that it is agreed that my claim shall be your pledge. That agreement is to be respected by the praetor in such a way that assistance should be given to

⁹⁷⁷ This translation is based on the translation of the *Codex* edited by Frier. See Frier 2016.

⁹⁷⁸ Unless the contrary has been stated, I assume that it was not a third-party pledge, that is to say, I assume that the pledge took place to secure a debt owed by the pledgor himself.

in exigenda pecunia et debitorem adversus me, si cum eo experiar, tueatur. ergo si id nomen pecuniarium fuerit, exactam pecuniam tecum pen- sabis, si vero corporis alicuius, id quod acceperis erit tibi pignoris loco.	you in claiming the money and to my debtor if I should go against him. Thus, if the claim promised money, you will set off its money proceeds to your own claim, and if it promised a tangible of some kind, whatever you get you will hold as a pledge.
---	---

Pledge of a claim required a pledge agreement between pledgor and pledgee. Subsequently, notice of the pledge to the debtor of the claim led to the debtor being unable to discharge his obligation by paying his creditor, i.e. the pledgor. The pledgee owed the possibility to collect the claim to the *actio utilis*, given to him by the praetor. In modern law, the adage ‘*ubi ius, ibi actio*’ applies, which means that if there is a right, there is an action. The opposite was true in Roman law: ‘*ubi actio, ibi ius*’, in other words the existence of an action meant that there was a right. In classical Roman law, someone did not ask himself the question whether he had a right, but whether an action was available to bring his case to court.

Back then, civil proceedings consisted of two phases, one *in iure* at the praetor’s, and one before a private judge, *apud iudicem*. The praetor assessed *in iure* whether the case of the claimant gave rise to an action. If so, then the claimant and defendant entered into a *litis contestatio* under the praetor’s watchful eye and thereafter could proceed to the private judge. The *formula* in the *litis contestatio* instructed the judge who was given the authority to condemn the defendant if the claimant could proof his case. His judgement could be executed, if certain conditions were met. Consequently, a right was the result of the availability of an action. The Roman legal system was based on actions and not, like ours, on rights.

The praetor gave the pledgee of a claim an *actio utilis*. An *actio utilis* was an analogous action, that is an action shaped after the example of an already existing action. The praetor could award such an action, if a condition of the existing action was not met. *Actio utilis*, on the one hand, indicated that the case differed from that in which the already existing action applied. On the other hand, the availability of an *actio utilis* meant that the case was treated analogously to the case in which the already existing action was available. The analogy with this direct action ensured that the *actio utilis* fit into the Roman legal system.

The prevailing doctrine with regard to the *actio utilis* in the event of a claim pledged is that this *actio utilis* was formulated after the example of the *actio Serviana*. The *actio Serviana* was the action available to the pledgee of a tangible. Kaser believed that the *formula* of this action was flexible: it did not matter whether a claim had been pledged or a tangible. According to Lenel, the *formula* of the *actio Serviana* read:

Si paret inter Aulum Agerium et Lucium Titium convenisse, ut ea res qua de agitur Aulo Agerio pignori	If it should appear that Aulus Agerius and Lucius Titius have agreed that the thing which it concerns should serve as a pledge to Aulus
---	---

esset propter pecuniam debitam, eamque rem tunc, cum conveniebat, in bonis Lucii Titii fuisse eamque pecuniam neque solutam neque eo nomine satisfactum esse neque per Aulum Agerium stare quo minus solvatur, nisi ea res arbitrio iudicis restituatur, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio, condemna, si non paret, absolve.⁹⁷⁹

Agerius because of a money debt, and that this thing was an asset of Lucius Titius at the moment when the agreement was made, and that this money was neither paid nor given satisfaction for, and that it was not due to Aulus Agerius that it was not paid, then, unless this thing has been returned on the ground of an interlocutory judgment, you, judge, must condemn Numerius Negidius against Aulus Agerius to the value of the thing; if it does not appear so, absolve him.

In Kaser's view, the phrase '*convenisse, ut... Aulo Agerio pignori esset propter pecuniam debitam*' had to be filled in by the praetor with the object pledged as it had been agreed by the parties. According to Kaser, the rest of the *formula* corresponded to that of the *actio Serviana*. Kaser gave some examples, such as the *formula* in case a claim based on a contract of deposit had been pledged:

Si paret inter Aulum Agerium et Lucium Titium convenisse, ut mensa argentea, quam Lucius Titius apud Numerium Negidium deposuit, Aulo Agerio pignori esset propter pecuniam debitam, eamque pecuniam neque solutam neque eo nomine satisfactum esse neque per Aulum Agerium stare quo minus solvatur, eamque mensam dolo malo Numerii Negidii redditam non esse, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio, condemna, si non paret, absolve.⁹⁸⁰

If it should appear that Aulus Agerius and Lucius Titius have agreed that a silver table, which Lucius Titius deposited with Numerius Negidius should serve as a pledge to Aulus Agerius because of a money claim, and that this money was neither paid nor given satisfaction for, and that it was not due to Aulus Agerius that it has not been paid, and that this table has not been returned by malice on the part of Numerius Negidius, then you, judge, must condemn Numerius Negidius against Aulus Agerius to the value of the thing; if it does not appear so, absolve him.

Unfortunately, Kaser formulated the example in such a way that it had nothing to do with pledge of a claim. The *formula* is about pledge of a tangible, namely the table that had been deposited with Numerius Negidius. Pledge of *res debita*e was different from pledge of a claim.

In my opinion, the praetor did not shape the *actio utilis* of the pledgee after the *actio Serviana*. The pledgee of a claim did not use the *actio utilis* to claim possession of the pledged property, like the pledgee of a tangible did with the *actio Serviana*. The *actio utilis* could not concern possession of the item pledged, because possession of a claim was impossible in Roman law. The pledgee used the *actio utilis* to collect the claim pledged. Such a fundamental difference

⁹⁷⁹ See Lenel 2010 (unchanged reprint 1927), p. 494 (§ 267).

⁹⁸⁰ I added the words in italics, because Kaser left them out. Kaser put: '...'.

between what could be obtained with the direct action, i.e. the *Serviana* claiming possession, and the analogous action, which had to lead to collecting the claim, did not fit the characteristics of the *actiones utiles* in Roman law. Regarding the object of the action, *actiones utiles* were actions that corresponded with the actions they were shaped after. The praetor adapted an action to bring that object within the reach of people who did not meet the conditions of the direct action. An example is the *actio utilis* of the ‘assignee’. The ‘assignee’ used an *actio utilis* to claim what the ‘assignor’ could have claimed.

Moreover, the *actio Serviana* was a real action. The pledgee of a tangible could bring the action against any possessor of the thing pledged. The *formula* of the *actio Serviana* showed its real character. The *intentio*, for instance, lacked the name of the defendant and the action contained the *clausula arbitraria*, which lead to an acquittal if the tangible pledged was handed over to the pledgee in the course of the procedure. Such a formulation, however, was not appropriate for the *actio utilis* of someone to whom a claim had been pledged. For one thing, the *formula* of this action could not contain the *clausula arbitraria*, because the action did not concern the handing over of a tangible, but the rendering of a performance. Moreover it was unthinkable that the defendant was not named until the *condemnatio*, as in the real *actio Serviana*: the claim pledged had to be specified by naming the parties, i.e. the creditor and the debtor. Also, the judge would condemn the defendant in the *Serviana* to the value of the pledged tangible, provided that the pledgee managed to prove his case and that the defendant did not give the tangible to the pledgee before the end of the trial. Such a condemnation was appropriate to a real action. By contrast, the judge’s way to have the claim pledged collected was to condemn the debtor of this claim to the performance he owed the pledgor based on the claim pledged. If the claim pledged concerned payment of an amount of money, the judge would condemn the defendant to paying the money. If it concerned giving or doing something, the judge valued this performance at an amount of money, because all condemnations in Roman law were condemnations to paying an amount of money. Finally, the other remedies which the pledgee had at his disposal differed from those pertinent to the real *actio Serviana*. He could not bring, for instance, the *actio ad exhibendum*.

It is not surprising that the *formula* of the *actio utilis* does not fit into the pattern of the real actions, because the pledgee had no – what we would call – real right. The real actions were based on real rights.⁹⁸¹ A claim was not a real right, but one end of an obligation. A creditor was entitled to demand a performance from the debtor who was on the other end of the obligation. The creditor and the debtor were linked by a bond of law, a *vinculum iuris*. This bond gave rise to a

⁹⁸¹ See Gaius’ *Institutes* 4,3.

claim on the one end and to a debt on the other end. Roman lawyers did not make a distinction between the procedural *actio* and a claim. Such a distinction did not fit the legal system, since an agreement was only enforceable if an action was available to the case. The action a creditor could bring based on an obligation was always a personal action. Personal actions were characterized by a *formula* with an *intentio* that the defendant was bound to give something, to do something, or to perform some service, on account of a contract or a delict.⁹⁸²

According to Kaser, the praetor adapted the *actio Serviana* in such a way that in the case of a claim pledged, the pledgee was given a personal action. However, I don't know any analogous action that differed from the direct action in such a way that it changed from a real to a personal action. Kaser asserted to know such a case, namely the action of a lower-ranking pledgee who claimed the *superfluum* from the higher-ranking pledgee. The *superfluum* was what remained after the higher-ranking pledgee had set off the proceeds against his claim that had been secured by the pledge. Kaser argued that the lower-ranking pledgee had the *actio Serviana utilis* and *in personam*.

Which action the lower-ranking pledgee had, was a question the glosse already asked.⁹⁸³ Different answers were given to this question over the centuries. An answer is not given by the sources. The Roman lawyers only indicated that the lower-ranking pledgee should get the surplus.⁹⁸⁴ The lower-ranking pledgee did not have a real action to claim the surplus and could, of course, not bring the *actio Serviana* against the buyer of the property pledged. If the higher-ranking pledgee sold the property pledged, the lower-ranking pledgee was left with only a claim to obtain the surplus, if there was any. The lower-ranking pledgee replaced the pledgor, so to speak, who would have received the surplus if the property had not been pledged a second time. Therefore, it seems to me that the lower-ranking pledgee was given an action that was shaped after the action the pledgor would otherwise have had to claim the surplus, that is the *actio pignoratitia utilis*. The lower-ranking pledgee did not have the *actio pignoratitia* itself, because there was no pledge agreement between both pledgees. However, the praetor could grant him this action *utilis*.

The emperors Diocletian and Maximian answered in 294 a certain Sabinus, who had asked through which action the surplus could be obtained, that it was through the '*pignoratitia*'.⁹⁸⁵ The emperors emphasized that this was a personal action. The *actio pignoratitia utilis* seems to me to have had advantages over the *actio Serviana utilis*, which Kaser proposed. For example, the lower-ranking pledgee could hold the higher-ranking pledgee to account for the

⁹⁸² See Gaius' *Institutes* 4,2.

⁹⁸³ See the gloss *Restituat* to D. 20,4,12,5: '*Sed qua actione? Respon. in factum forte.*'

⁹⁸⁴ See, for example, D. 20,4,12,5.

⁹⁸⁵ See C. 8,27(28),20

foreclosure sale, for instance because the higher-ranking pledgee had sold the pledged property for a price too low. The pledgor had the opportunity to do so with the action from the pledge agreement, the *actio pignoratitia directa*. In case of a lower-ranking pledgee, he could need this possibility instead of the pledgor. The *actio Serviana* did not suit this need, because it was a real action aimed at acquiring the possession of the pledged thing. Moreover, a constitution of Emperor Alexander Severus shows that the lower-ranking pledgee no longer had the *actio Serviana* after the sale by the higher-ranking pledgee.⁹⁸⁶ Kaser therefore wrongly used this action as an argument in support of his theory that the *actio Serviana* could be a personal action if it was given *utilis*.

I am of the opinion that the *actio utilis* of the pledgee to whom a claim had been pledged was shaped after the action that the pledgor had against his debtor if it was he himself who collected the claim.⁹⁸⁷ I believe the praetor took the *formula* of the action which the pledgor would have had against his debtor and adapted it to suit the pledge agreement. For instance, if the pledgor had an action based on a *stipulatio*, the praetor adapted the *actio de stipulatu*.⁹⁸⁸ If, however, the claim was based on an agreement of sale, the pledgee would be granted the *actio venditi* in an adapted form. The advantage of this procedure was that the *formula* of the action given to the pledgee contained the same conditions as the action the pledgor would have had against the debtor of the claim pledged. These conditions were present in the *formula* of the specific action. For example, the *actio de stipulatu* contained the proviso that the claim was due.⁹⁸⁹ Kaser's reconstruction of the *formula* of the *actio utilis* in a case where a claim based on a stipulation had been pledged lacked this condition.⁹⁹⁰ Another example is the *clausula bonae fidei*. Kaser's aforementioned *formula* – the case in which a claim based on a deposit agreement had been pledged – did not contain the *clausula bonae fidei*, despite the fact that deposit is one of the agreements where such a clause was an implied condition.⁹⁹¹ It was important that the provisions in

⁹⁸⁶ See C. 8,19(20),1pr. [A.D. 230].

⁹⁸⁷ Wubbe was of the same opinion, see Wubbe 1958, p. 178, note 111: '*Der Forderungspfandgläubiger kann mit a. utilis, der gleichen, welche dem Verpfänder als directa zusteht, auf Leistung klagen.*' Wubbe wrote about *subpignus* and did not explain his opinion regarding *pignus nominis*. The same goes for Selb (see Selb 1982, p. 335): '*Die actio utilis ist die abgewandelte Grundklage aus dem verpfändeten Recht; ähnlich dann beim pignus nominis, die abgewandelte Klage aus der verpfändeten Forderung, nicht eine in personam abgewandelte actio Serviana, nicht die Pfandverfolgungsklage.*' Selb stated that his opinion was contrary to that of Kaser.

⁹⁸⁸ In Kaser's example a claim from a stipulation had been pledged. Since that specific stipulation concerned an *incertum*, the pledgor could bring the *actio ex stipulatu* against the creditor of the claim pledged.

⁹⁸⁹ The *formula* contained the condition '*rei dies fuit.*'

⁹⁹⁰ See Kaser 1969, p. 182 (= Kaser 1970, p. 404).

⁹⁹¹ See Gaius' *Institutes* 4,62.

the *formula* of the direct action remained present in the *actio utilis*, because it ought not to make a difference to the debtor of the claim pledged whether it was collected by his creditor, the pledgor, or by the pledgee.

The praetor could adapt the direct action by a technique which mentioned the party that featured in the direct action in the *intentio*, while the *condemnatio* condemned the defendant to pay to a different party: he in whose interest the *actio utilis* had been given. This technique was, for example, used in case of an action brought by a *procurator in suam* and in the *actio Rutiliana*, which served to enable buyers of an estate to bring actions pertaining to the estate. A *procurator in rem suam* could not bring the action in his own name, because he merely was a representative. Instead, the *intentio* mentioned the name of the creditor who had given the mandate, whereas the *condemnatio* made the defendant pay to the *procurator in rem suam*.⁹⁹²

The praetor used the same technique in some actions to achieve that someone else was ordered to pay than the person who appeared in the *intentio*. In other words, in those actions a claim could be successfully brought against someone other than the debtor in the direct action. Examples are the *actio institoria* and the *actio exercitoria*.⁹⁹³ The *actio institoria* could be brought by someone who had entered into a contract with a manager against the person who had appointed the manager. The *actio exercitoria* made it possible for someone who had a claim against a ship's captain to litigate against the owner of the ship.⁹⁹⁴ Both actions are known as *actiones adiecticiae qualitatis*, because these actions did not create a new claim, but made it possible to obtain payment of an existing claim from someone who had appointed the debtor to a specific position. The praetor adjusted the *formula* of the direct action in such a way that the ship owner or the manager's boss was condemned, if the claimant could prove his case. The *intentio* contained both the name of the manager and that of his boss in the case of an *actio institoria*, because it encompassed the appointment of the manager. Lenel argued that the praetor worked that way.⁹⁹⁵ He emphasized the consistency

⁹⁹² See Gaius' *Institutes* 4,86.

⁹⁹³ See Gaius' *Institutes* 4,71.

⁹⁹⁴ An example can be found in D. 14,1,1,9.

⁹⁹⁵ See Lenel 2010 (unchanged reprint 1927), p. 263 (§ 101). Pertaining to a fragment of the Digest in which the *institor* was a slave, he said: '*Er will den dominus aus den Geschäften des institor haftbar machen, so haftbar machen, wie der institor selbst haftbar ist oder sein würde, wenn er kein Sklave wäre. War es nicht das nächste und natürlichste, daß er an der aus diesen Geschäften abfließenden Formel nur soviel änderte, als sein Zweck es erforderte, daß er, soweit irgend möglich, es vermied, aus den mit so überlegter Feinheit konstruierten Formelgebäuden, an deren Interpretation sich das gesamte Kontraktsrecht anlehnte, wesentliche Bausteine herauszunehmen? Wurde er nicht mit zwingender Notwendigkeit auf unser Schema hingedrängt, das den Judex unter Benutzung der für den betreffenden Fall gegebenen Formelworte anweist, zu untersuchen, was der institor schulde oder schulden würde, und darauf dann den dominus zu kondemnieren?*'

of the legal system and also reconstructed the *formula* in case of a contract of sale between a manager and a claimant. In his example the manager ran an inn and had sold olive oil to the claimant:

Quod Aulus Agerius de Lucio Titio, cum is a Numerio Negidio tabernae instructae praepositus esset, eius rei nomine decem pondo olei emit, quae de re agitur, quidquid ob eam rem Lucium Titium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona, eius iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato si non paret absolvito.⁹⁹⁶

As for the alleged fact that Aulus Agerius has purchased from Lucius Titius, who has been placed in charge of an inn by Numerius Negidius, ten pounds of olive oil, which is the case here concerned, the judge must condemn Numerius Negidius against Aulus Agerius to anything that Lucius Titius ought to give or do to Aulus Agerius because of this matter in accordance with good faith; if it does not appear so, absolve him.

The *formulae* of the *actio institoria ex empto* and the *actio empti* are almost identical to the point that Ulpianus felt justified to simply speak of liability on the basis of the *actio empti*.⁹⁹⁷

The praetor could apply this technique in formulating the *actio utilis* that the pledgee of a claim could use, because the condemnation was in favour of a different party from the creditor mentioned in the *intentio*. It seems less probable that the praetor would have used a different technique instead, such as inserting a fiction in the *formula*. The praetor used a fiction in various other *actiones utiles*, which are therefore known as *actiones ficticiae*. Such an action might direct the judge to base his verdict on the fiction ‘as if’ one of the parties involved was a Roman citizen.⁹⁹⁸ Another example is the *actio Publiciana* which contains the fiction that a prescription period had expired, therefore enabling a possessor to claim a thing as if he already was the owner.⁹⁹⁹ However, a fiction in the *actio utilis* in case of a claim pledged, was impossible, because a fiction did not allow the claimant to provide proof of the actual relationship between the parties.¹⁰⁰⁰ Consider, for example, a fiction that told the judge to treat the pledgee as if he

⁹⁹⁶ See Lenel 2010 (unchanged reprint 1927), p. 263 (§ 101).

⁹⁹⁷ See D. 14,3,5,12.

⁹⁹⁸ See Gaius’ *Institutes* 4,37.

⁹⁹⁹ The *actio Publiciana* was a *reivindicatio utilis*. See, for instance, Paul (D. 44,7,35), who stated that it had been given after the example of the *reivindicatio*.

¹⁰⁰⁰ The *formulae ficticiae* we know of did not pose this problem. For example, the fiction that one of the parties was a Roman citizen only enabled that person to litigate under Roman law. It did not concern the facts of the case at hand. The fiction encompassed in the *actio Publiciana* did not stop the claimant from proving his position. The fiction only concerned the expiration of the period that led to acquisitive prescription. The *formula ficticiae* brought by the *bonorum emptor* assumed the buyer was the heir. This assumption was justified by the fact that the praetor did not need proof of his position because it was the praetor himself who had awarded him the property.

were the creditor, or heir of the creditor. The praetor could not assume in one and the same *formula* that the pledgee was a creditor or heir and at the same time demand proof of the pledge.

The praetor phrased the *formula* in such a way that evidence had to be presented to the judge. The praetor examined the claimant's claim only to a limited extent. He denied the claimant the action if it was unquestionably clear that the claim was unfounded, for example because he was aware that the claimant intentionally misrepresented the facts. With regard to pledge of a claim, proof of a number of elements was essential. Firstly, the pledgee had to prove the existence of the claim pledged. Secondly, the pledgee had to give evidence that the claim had been pledged to him. Thirdly, the pledgee had to demonstrate a number of aspects with regard to the secured claim. For example, the pledgee had to prove that this claim had not been paid nor that satisfaction had been given in another way.¹⁰⁰¹ Moreover, the pledgee had to show that it was not his fault that the secured claim had not been paid. In other words, the pledgee was not allowed to be in default, as was also required by the *actio Serviana* in case a tangible had been pledged.¹⁰⁰²

For the reconstruction of the *actio utilis*, I used the terminology found in our sources. They spoke of a pledge of the '*nomen debitoris*'. For instance, the constitution of Alexander Severus began with the words: '*Nomen quoque debitoris pignerari*', and Paul said: '*Si convenerit, ut nomen debitoris mei pignori tibi sit.*'¹⁰⁰³ I tried to reconstruct the *formula* of the *actio utilis* in the following case. Appius had a claim against Blasius for payment of the purchase price of a slave. Appius then borrowed money from Cassius, agreeing that Appius's claim against Blasius was pledged to Cassius to secure Cassius's claim. When Appius failed to fulfill his obligations to Cassius, Cassius wanted to collect the claim pledged. He went to the praetor. Schematically, there was the following triangular relationship:

¹⁰⁰¹ See, for instance, the aforementioned C. 8,16(17),4.

¹⁰⁰² See Lenel 2010 (unchanged reprint 1927), p. 494 (§ 267).

¹⁰⁰³ See C. 8,16(17),4: '*Nomen quoque debitoris pignerari et generaliter et specialiter posse pridem placuit. quare si debitor is satis non facit, cui tu credidisti, ille, cuius nomen tibi pignori datum est, (...)*' See also D. 20,1,13,2: '*Et verum est, quod Pomponius libro septimo ad edictum scribit, si quidem pecuniam debet is, cuius nomen pignori datum est, (...)*' Finally, see D. 13,7,18pr.: '*Si convenerit, ut nomen debitoris mei pignori tibi sit, (...)*'

In my opinion, the *formula* of the *actio utilis* would have been:

X iudex esto. Quod Appius Blasio hominem qua de re agitur vendidit, si paret inter Cassium et Appium convenisse, ut id nomen Blasio Cassio pignori datum esset propter x milia sestertia debita eaque neque soluta neque eo nomine satisfactum esse neque per Cassium stare quominus solvatur, quidquid ob eam rem Blasium Appio dare facere oportet ex fide bona usque ad id, quod Appius deberi a Cassio, eius, iudex, Blasium Cassio condemna, si non paret, absolve.

X be judge. As for the alleged fact that Appius has sold the slave here concerned to Blasius: if it should appear that Appius and Cassius have agreed that this claim against Blasius would be given to Cassius as a pledge because of a debt of ten thousand sesterties, and that this debt has not been paid, nor given satisfaction for, and that it was not Cassius' fault that no payment has been made, then you, judge, must condemn Blasius against Cassius to anything that Blasius ought to give or do to Appius because of this matter in accordance with good faith up to the amount that Appius owes Cassius; if it does not appear so, absolve him.

The core of this reconstruction is the *formula* of the *actio venditi*, the action of the seller, that is to say the action that Appius had against Blasius. The *formula* of the *actio venditi* was:

Quod Appius Blasio hominem qua de re agitur vendidit, quidquid ob eam rem Blasium Appio dare facere oportet ex fide bona, eius iudex Blasium Appio condemna, si non paret, absolve.¹⁰⁰⁴

As for the alleged fact that Appius has sold the slave here concerned to Blasius: you, judge, must condemn Blasius against Appius to anything that Blasius ought to give or do to Appius because of this matter in accordance with good faith; if it does not appear so, absolve him.

¹⁰⁰⁴ See Lenel 2010 (unchanged reprint 1927), p. 299 (§ 110).

I have adapted this *formula* in such a way that the person in favour of whom the judge had to condemn the defendant was not the same as the person who appeared in the *intentio*, like the praetor used to do in a number of cases as discussed. The condemnation was in the name of the pledgee.

Furthermore, I think that the *formula* contained a number of elements regarding the secured claim from the *actio Serviana*. The *actio Serviana* mentioned a number of conditions, which also applied if a claim had been pledged. For example, it required proof that the secured claim had not been payed, that no other satisfaction had been given and that the pledgee was not in default in relation to his debtor, i.e. the pledgor. In contrast to Kaser's *formula*, the resemblance of my reconstruction to the *actio Serviana* ends here.

A consequence would have been that there was not one fixed *formula* that could be brought by every pledgee of a claim. The praetor used the *formula* of the action that the pledgor would have had against his debtor as his starting point and adapted it. The technique he used fitted his *modus operandi*, because he also used it in other *actiones utiles*.

The *actio utilis* of the pledgee fitted in the system in yet another way. There were other cases where the praetor used *actiones utiles* to give effect to an agreement intending that a claim that was due to one party could be collected by another, if certain conditions were met. The praetor not only protected such an agreement in the event of a claim pledged, but also in cases that we would refer to as assignment. The emperors Diocletian and Maximian wrote to one Manasea the following concerning a case in which a bond, i.e. a *cautio*, had been pledged. Pledge of a *cautio* was pledge of a claim, of which the bond served as evidence.

C. 4,39,7 [date unknown]

<p>Impp. Diocletianus et Maximianus AA. Manaseae. Postquam eo decursum est, ut cautiones quoque debitorum pignori darentur, ordinarium visum est, ut post nominis venditionem utiles emptori, sic (ut responsum est) vel ipsi creditori postulanti dandas actiones.</p>	<p>The venerable emperors Diocletian and Maximian to Manasea. After it was settled that bonds of debts could be pledged too, it is considered a normal rule that, just like after the sale of a claim, <i>actiones utiles</i> will be granted to the creditor, if he so demands (as has already been decided).</p>
--	---

In Roman law, claims could not actually be transferred. Instead, an 'assignor' could grant a mandate appointing the 'assignee' as a *procurator in rem suam* in order to enable him to collect the claim. Such a mandate made the 'assignee' a representative of the 'assignor', as the 'assignee' claimed in the name of the 'assignor'. This did not always provide a solution. In due course, it led the praetor to give an *actio utilis* to the 'assignee' to collect the 'assigned' claim in a number of cases. The 'assignee' could bring the *actio utilis* in his own name. The first

time the praetor granted such an action was triggered by the *senatusconsultum Trebellianum*, dated 56 or 57 AD. He gave it to someone who had to be paid a legacy on the basis of a *fideicommissum*. After this, *actiones utiles* were granted in more cases of ‘assignment’. For instance, the buyer of a claim could bring an *actio utilis* to sue the debtor of the ‘assigned’ claim for payment. The buyer was entitled to the proceeds. In my opinion, he became the creditor under the *ius honorarium*. Meanwhile, the ‘assignor’ still had the direct action at his disposal. He remained the creditor under the *ius civile*, but the praetor ensured that the debtor could not discharge his obligation by paying the ‘assignor’ from the moment the debtor had been notified of the ‘assignment’. The debtor was given an exception, which he could use against the ‘assignor’. If he did not use this exception, but knowingly paid the ‘assignor’, then this payment did not discharge the debtor vis-à-vis the ‘assignor’.

Pledge of a claim had partly the same legal effects as ‘assignment’ in Roman law. Like in the event of pledge, the praetor gave an *actio utilis* to claim performance to someone other than the creditor under the *ius civile*. However, pledge of a claim was not the same as ‘assignment’, if only because the will of the parties to the pledge agreement was not aimed at transferring the claim. Parties solely agreed to create a security. For example, the proceeds of the claim pledged did not become the property of the pledgee, as was the case with ‘assignment’. Moreover, if the claim pledged involved the payment of a sum of money, then the pledgee could only collect the claim up to the amount owed to him by the pledgor on the basis of the secured claim. The sum of money obtained by the pledgee was settled with the debt of the pledgor. The pledgee thus got recourse for the secured claim. If the claim pledged did not concern the payment of a sum of money, but the transfer of a tangible, the pledgee received this tangible by way of pledge.

On the one hand, the pledgee obtained an independent position vis-à-vis the debtor of the claim pledged thanks to the *actio utilis*, since the pledgee manifested himself as a creditor to the debtor. For example, once the debtor had been given notice of the pledge, he could only discharge his obligation by paying the pledgee. In this respect, the *actio utilis*, which the praetor granted the pledgee, led to a creditor under the *ius honorarium* alongside the creditor under the *ius civile*.

On the other hand, in the case of a claim pledged, the pledgee did not take the place of the creditor to the same extent as the ‘assignee’ took his place. The powers of the pledgee were limited by the nature of the pledge. He was only, as Dernburg wrote, *Pfandgläubiger*, that is ‘pledge creditor’. The *ius honorarium* was a flexible instrument that gave the praetor the opportunity to award the pledgee only the powers that were necessary. The actions and exceptions awarded by the praetor determined the relationship between pledgor, pledgee and debtor of the claim pledged.

In our modern legal terminology, the *actio utilis* with which the pledgee could force the debtor of the claim pledged to pay, meant that the pledgee had a security right. In Dutch law, pledge of a claim is construed in a different way: the pledgor encumbers his claim with a pledge, a *ius in re aliena*. In Roman law, the pledgee did not have a right upon another right. A claim was one side of an obligation and not an object of rights. The procedural approach meant that the Romans did not need a construction in which rights encumbered each other. Even in the case of *subpignus*, a right was not ‘stacked’ upon another right. *Subpignus* was nothing but the pledge of a claim that had been secured by another pledge. The pledgee was enabled by the praetor to exercise that pledge.

The premise that where there was an action, there was a right meant that Roman lawyers would not get stuck if, for example, a *ius in re aliena* was terminated that – as we would say – was the object of another *ius in re aliena*. A *usufructuarius*, for instance, might pledge his usufruct. In some cases, it was not fair that the pledgee would lose his right if the usufruct was terminated. One such a case might be where a *usufructuarius* waived his right, or the case where the usufruct was terminated because of *commixtio*, that is if the *usufructuarius* became the owner of the object of the usufruct. Roman lawyers had no trouble with such cases. The pledgee could still bring the *actio Serviana utilis* successfully. Mind you, he had never had the possibility to bring the regular *actio Serviana*, because his pledge was not established by the proprietor of the thing, as the *formula* of the *Serviana* required. The *usufructuarius* had merely a *ius in re* and therefore the praetor granted the pledgee in that case the *actio Serviana* as an analogous action, in other words, as an *actio utilis*. The *actio Serviana* was phrased in such a way that, for example, *commixtio* had no consequences. The pledgee could bring the *actio Serviana* as long as the secured claim had not been paid, satisfaction had not been given in another way and, moreover, it had not been his fault that payment had not been made. Like in case of a claim pledged, the availability of an action or an exception meant that the pledgee had a right.

Moreover, the Roman lawyers did not regard pledge of a claim as the establishment of a right upon an intangible, like the old Dutch civil code did. Admittedly, it was Gaius who introduced the concept of intangibles into law, but this concept did not play the same role as in the old Dutch code, since the concept was not used to justify the establishment of a right upon another right. According to Gaius, the matters ‘that exist in law’ were incorporeal things, i.e. intangibles, for example *iura in re aliena* and claims. Gaius did not create the intangibles for the purpose of treating them analogous to tangibles. In many respects, Gaius used the concept to the contrary, that is to clarify the differences between tangibles and intangibles. For instance, tangibles could be possessed, while possession of intangibles was impossible. Also, a claim could not be transferred like a tangible.

The concept of intangibles enabled Gaius to divide his *Institutes* into three parts: persons, actions and things. The existence of intangibles allowed the concept of things to cover every conceivable subject of legal proceedings. It transformed everything that only existed in court into an object. Gaius realized that the possibility to successfully bring an action represented a value and therefore constituted part of the assets of a person's property. These assets, such as the *iura in re* and the claims, were not tangible, but intangible. Regarding tangibles, Gaius was of the opinion that they themselves were assets, rather than the right to them, as modern lawyers would say. According to Gaius, intangibles were just as much part of the assets as tangibles, even though their natures differed fundamentally. Intangibles were legal in nature, because they only existed in court. Claims belonged to creditors in the same way as, for example, tangibles belonged to their owners. Wubbe knew what Gaius meant:

*‘Allerlei Rechtsbeziehungen, die die moderne Lehre als subjektive Rechte qualifiziert, werden hier unkörperliche Sachen genannt, nicht aber das Eigentum. Dagegen werden die res corporales von dieser Einteilung nur erfaßt, sofern sie im Eigentum des Einzelnen stehen, d.h. sofern sie Bestandteile eines Privatvermögens sind. Wir sehen also: nicht nur wird das Eigentum nicht als ius, es werden vielmehr iura als res qualifiziert. Ein Vermögen besteht hiernach nicht, auch nicht zum Teil, aus (subjektiven) Rechten, sondern lediglich aus (körperlichen und unkörperlichen) Sachen. Für die Vorstellung des subjektiven Rechts bleibt dann kein Platz.’*¹⁰⁰⁵

Various Pandectists interpreted the distinction Gaius made between tangibles and intangibles in such a way that it only dealt with rights. In their opinion, Gaius contrasted ownership on the one hand with *iura in re aliena* and claims on the other hand. Explained that way, there was no room left for *res*, things. Therefore, Windscheid could conclude: *‘In der Eintheilung der res in res corporales und incorporales bezeichne res Rechte.’*¹⁰⁰⁶ The Pandectists put themselves to trouble, because Gaius seemed to have forgotten the most important right in the system they had construed on the basis of Roman law, namely ownership. However, the difference between the Pandectists and Gaius is that Gaius' system was foremost about actions instead of rights. According to him, property consisted of things, not rights. As a result, Gaius did not have to worry about the place of ownership in his dichotomy.

The construction that arose when a claim had been pledged also demonstrates the importance of the actions. Pledge of a claim led to the pledgee being granted an *actio utilis* which enabled him to collect the claim pledged and subsequently take recourse in respect of the proceeds. The pledgor remained

¹⁰⁰⁵ See Wubbe 1965, column 337.

¹⁰⁰⁶ See Windscheid 1887, p. 109 (§ 42), note 5.

creditor under the *ius civile*. At the same time, however, the *ius honorarium* granted the pledgee an independent position vis-à-vis the debtor of the claim pledged, who could only discharge his obligation by paying him. The *actio utilis* of the pledgee was a personal action following the example of the action that the pledgor had against the debtor of the claim pledged. This made his position fundamentally different from the position of someone who had been pledged a tangible. Pledgees of tangibles had the real *actio Serviana*, which they could bring against anyone who possessed the pledged thing. The real action granted pledgees of tangibles a *ius in re aliena*, a right to a thing, as we would say. Pledgees of claims, by contrast, did not have a right to a thing, not even a right to an intangible. All they had was a personal action, which was actually all they could have, because the pledgors themselves did not have a real action at their disposal. Papinian's warning applies in full here: '*Non plus habere creditor potest, quam habet qui pignus dedit.*'¹⁰⁰⁷ Moreover, the pledgee did not need a real action, because the *actio utilis* allowed him to do just what he wanted, namely to realize his security.

¹⁰⁰⁷ See D. 20,1,3,1.

Bijlage: Over interpolaties in de *Codex*

De *Codex* was een verzameling keizerlijke constituties die orde en overzicht moest brengen in het keizerlijk recht. Toen Justinianus begon met het samenstellen van de *Codex* bestonden er drie verzamelingen van constituties, waarvan er twee gemaakt waren door privépersonen, Gregorianus en Hermogenianus, en één door keizer Theodosianus. Daarnaast bestonden er constituties die niet waren opgenomen in een verzameling, omdat ze waren uitgevaardigd nadat de *Codex Theodosianus* was gemaakt. Door deze wirwar aan constituties was het lastig om te bepalen wat rechtens was. Justinianus zei dan ook het volgende toen hij de eerste editie van de *Codex* uitvaardigde.¹⁰⁰⁸

Constitutio Summa § 1

Sed cum sit necessarium multitudinem constitutionum tam in tribus veteribus codicibus relatarum quam post eorum confectionem posterioribus temporibus adiectarum ad brevitatem reducendo caliginem earum rectis iudicum definitionibus insidiantem penitus extirpare, ad hoc commune praestandum beneficium deo praesule prono animo nos dedidimus (...).

Maar omdat het noodzakelijk is om door het terugbrengen tot kleinere proporties van de veelheid aan verordeningen – zowel die welke in de drie oude wetboeken opgenomen zijn alsook die welke na hun voltooiing in later tijd erbij gevoegd zijn – de duisterheid ervan, die een valstrik vormt bij het nemen van de juiste rechterlijke beslissingen, volledig uit te roeien, hebben Wij Ons bereidwillig eraan overgegeven om onder Gods leiding deze weldaad jegens de gemeenschap te verrichten (...).

De constituties die waren opgenomen in de *Codex* van Justinianus waren vanaf het moment van de bekrachtiging van de *Codex* de enige constituties die rechtskracht hadden.¹⁰⁰⁹ De constituties ontleenden hun rechtskracht aan de

¹⁰⁰⁸ De *Codex* was het eerste en het laatste onderdeel van het *Corpus Iuris Civilis* dat door Justinianus werd uitgevaardigd. Na het uitvaardigen van de eerste *Codex* volgden de 50 beslissingen, de Digesten en de Instituten. Toen het karwei was geklaard, heeft Justinianus de *Codex* herzien, omdat deze op bepaalde punten was achterhaald door zijn verdere wetgeving. De herziene *Codex* is ingevoerd in 534.

¹⁰⁰⁹ Zie *Constitutio Summa* § 3: ‘Hunc igitur in aeternum valiturum iudicio tui culminis intimare prospeximus, ut sciant omnes tam litigatores quam disertissimi advocati nullatenus eis licere de cetero constitutiones ex veteribus tribus codicibus, quorum

keizers, die ze hadden uitgevaardigd. De *Codex* bestond dientengevolge uit meerdere constituties, terwijl de *Digesten* en de *Instituten* uit één constitutie bestonden. Het was mogelijk om aan de hand van de *lex posterior*-regel te bepalen welke constitutie gold, indien verschillende constituties elkaar tegenspraken. De *lex posterior*-regel hield in dat een jongere wet voor een oudere, tegenstrijdige wet ging.¹⁰¹⁰ Om de toepassing van die regel te vergemakkelijken waren de constituties binnen de titels van de *Codex* in chronologische volgorde geplaatst.¹⁰¹¹

Het karakter van de *Codex* voorkwam dat de samenstellers de constituties talloze keren interpoleerden.¹⁰¹² In de eerste plaats was het interpoleren van een constitutie niet de meest voor de hand liggende wijze waarop een inhoudelijke verandering van het recht kon worden bereikt. Het uitvaardigen van een nieuwe constitutie was dé manier waarop Justinianus het recht kon veranderen en ook veranderde, gelet op het grote aantal constituties dat hij heeft uitgevaardigd.¹⁰¹³ Een inhoudelijke verandering doorvoeren door een tekst van een constitutie van een voormalig keizer aan te passen doet bovendien vreemd aan, omdat de constitutie haar rechtskracht ontleende aan die voormalige keizer en niet aan Justinianus. Uit respect voor de oude keizers meen ik dat de samenstellers van de

iam mentio facta est, vel ex iis, quae novellae constitutiones ad praesens tempus vocabantur, in cognitionibus recitare certaminibus, sed solis eidem nostro codici insertis constitutionibus necesse esse uti, falsi crimini subdendis his, qui contra haec facere ausi fuerint, cum sufficiat earundem constitutionum nostri codicis recitatio adiectis etiam veterum iuris interpretatorum laboribus ad omnes dirimendas lites.’
Vertaling: ‘Wij hebben derhalve erin voorzien deze *Codex*, die voor eeuwig rechtsgeldig zal blijven, aan het gerecht van Uwe Hoogheid ter hand te stellen om te bereiken dat allen, zowel de procespartijen als de uiterst taalvaardige advocaten, weten dat het hun voortaan in geen geval geoorloofd is tijdens rechtsgedingen nog verordeningen aan te halen uit de drie oude wetboeken, waarvan reeds melding is gemaakt, of uit die verordeningen die tot heden als ‘nieuwe verordeningen’ werden aangeduid, maar dat het noodzakelijk is dat zij zich uitsluitend bedienen van de in Onze *Codex* opgenomen verordeningen. Degenen die het zullen wagen in strijd hiermee te handelen, zal het misdrijf van valsheid in geschrifte ten laste worden gelegd, omdat het in rechte aanhalen van de in Onze *Codex* vervatte verordeningen – onder toevoeging van ook de werken van de oude uitleggers van het recht – voldoende moet zijn om alle processen te beslechten.’

¹⁰¹⁰ Naar de zinspreuk *lex posterior derogat legi priori*. Zie Lokin/Brandsma 2016, p. 21 (U7).

¹⁰¹¹ Zie een passage in *Constitutio Haec* § 2: ‘*Ita tamen, ut ordo temporum earundem constitutionum.*’ Vertaling: ‘Dit evenwel zo dat de tijdsvolgorde van de betrokken verordeningen duidelijk naar voren komt.’ Zie Lokin 1995, p. 268 (= Lokin 2010, p. 24).

¹⁰¹² Zie bijvoorbeeld Lokin 1995, p. 261 en verder (= Lokin 2010, p. 17 en verder).

¹⁰¹³ Denk daarbij bijvoorbeeld aan de ‘50 beslissingen’, de ‘*quingenta decisiones*’, waarin Justinianus een knoop doorhakte ter beslechting van 50 strijdpunten. De beslissingen vaardigde Justinianus uit na de *Codex*. Zie verwijzingen naar deze beslissingen in de constitutie voorafgaand aan de tweede *Codex*, de *Constitutio Cordi* § 1-2. Zie over deze beslissingen bijvoorbeeld Wieacker 1988, p. 293 (§ 80 III).

Codex de teksten enkel aanpasten, indien dat nodig was, omdat de tekst was verouderd, een herhaling bevatte, of de inleiding van de constitutie te lang was. Een constitutie kon verouderd zijn, omdat een jongere constitutie anders bepaalde. Ik meen dat het dat soort aanpassingen waren waar Justinianus op doelde in zijn instructie aan de wetgevingscommissie die de *Codex* samenstelde:

Constitutio Haec § 2

Quibus specialiter permisimus resecatis tam supervacuis, quantum ad legum soliditatem pertinet, praefationibus quam similibus et contrariis, praeterquam si iuris adqua divisione adiuventur, illis etiam, quae in desuetudinem abierunt, certas et brevi sermone conscriptas ex isdem tribus codicibus, novellis etiam constitutionibus leges componere et congruis subdere titulis, adicientes quidem et detrahentes, immo et mutantes verba earum, ubi hoc rei commoditas exigebat (...).

Aan deze personen hebben Wij uitdrukkelijk toestemming verleend om, na het wegsnoeien van, voor zover het de interne samenhang van de wetten aangaat, zowel de overbodige preambules als alle herhalingen en tegenstrijdigheden – behalve in het geval dat deze ondersteund worden door een of ander onderscheid van het recht – en bovendien van de bepalingen die in onbruik zijn geraakt, uit die drie wetboeken en eveneens uit de nieuwe verordeningen trefzekere, bondig geformuleerde wetten bijeen te brengen, en om deze onder te brengen in de daarbij passende titels en om in de bewoordingen ervan toevoegingen, schrappingen, ja zelfs veranderingen aan te brengen op die plaatsen waar de doelmatigheid van het werk dit vereiste (...).

Ter gelegenheid van de uitvaardiging van de *Codex* schreef Justinianus dan ook het volgende.

Constitutio Summa § 1

(...) tollendis quidem tam praefationibus nullum suffragium sanctioni conferentibus quam contrariis constitutionibus, quae posteriore promulgatione vacuatae sunt, similibus etiam praeter eas, quae eadem paene sanciendo divisionem iuris aliquam facere noscuntur, ex qua dividendo vetera novum aliquid nasci videtur, multis insuper aliis ad rectam huiusmodi codicis compositionem pertinentibus isdem prudentissimis viris a nostro numine mandatis.

(...) niet alleen de preambules die niets bijdragen aan de verordening zelf moesten verwijderd worden, maar ook contraire verordeningen, die door een latere afkondiging krachteloos geworden zijn, alsmede ook verordeningen die een herhaling inhouden, met uitzondering van die waarvan geweten wordt dat zij door ongeveer dezelfde materie te verordenen een of ander onderscheid van het recht maken, waaruit door een indeling van het oude enigerlei nieuwe regeling blijkt te ontstaan. Bovendien zijn tijdens Onze keizerlijke Hoogheid vele andere dienstinstructies betreffende de juiste samenstelling van een dergelijke *Codex* aan deze hooggeleerde heren gegeven.

Uit deze laatste toevoeging blijkt reeds hoezeer Justinianus zelf de regie hield. Zelf de regie houden, paste bij de bedoeling die Justinianus had toen hij het

Corpus Iuris liet vervaardigen. Volgens Lokin wilde de keizer de enige bron van recht zijn.¹⁰¹⁴ Lokin merkte dan ook op:

*‘The assumption that the emperor should have left it to private persons to amend the law in material respect is contradicted by everything we know about Justinian’s conception of his legislation.’*¹⁰¹⁵

Enkel de keizer kon het recht veranderen, concludeerde Lokin.¹⁰¹⁶ Ook Watson concludeerde dat het niet de taak was van de samenstellers van de *Codex* om het recht inhoudelijk te veranderen. Over de instructies die de wetgevingscommissie kreeg, schreef hij:

*‘What really matters to us in the present context is precisely the power that is not given, namely to innovate and change the law found in existing constitutions. Wording may be altered, repetitions and contradictions are to be erased, obsolete law is to be deleted, several constitutions may be made into one, but nothing allows the introduction of new law.’*¹⁰¹⁷

Watson benadrukte dat de *Codex* niet was samengesteld om het recht te veranderen, zoals reeds bleek uit hetgeen Justinianus zei bij het uitvaardigen van de *codex*.¹⁰¹⁸ In dit kader wees Watson bijvoorbeeld op de ‘50 beslissingen’ die na de *Codex* waren uitgevaardigd en wél dat doel hadden.¹⁰¹⁹

Kort samengevat komt het erop neer dat een inhoudelijke verandering van de constitutie van Gordianus niet paste bij het karakter van de *Codex*.

¹⁰¹⁴ Zie Lokin 1995, p. 263 en verder (= Lokin 2010, p. 19 en verder).

¹⁰¹⁵ Zie Lokin 1995, p. 266 (= Lokin 2010, p. 22).

¹⁰¹⁶ Zie Lokin 1995, p. 270 (= Lokin 2010, p. 26).

¹⁰¹⁷ Zie Watson 1994, p. 116.

¹⁰¹⁸ Zie hiervoor p. 335.

¹⁰¹⁹ Zie Watson 1994, p. 116: ‘*The Fifty Decisions are, in fact, the vehicle chosen for Justinian’s reform of the substantive law.*’ Zie over deze beslissingen eveneens hiervoor voetnoot 1013.

Literatuurlijst

Affolter 1897

F.X. Affolter, *Das römische Institutionen-system. Sein Wesen und seine Geschichte*, Heidelberg: Adolph Emmerling & Sohn 1897.

Alibrandi 1896

I. Alibrandi, 'Delle azioni dirette ed utili', in: *Opere giuridiche e storiche I*, Roma: Tipografia poliglotta della S.c. de prop. fide 1896, p. 149-160.

Ankum & Hartkamp 1973

J.A. Ankum & A.S. Hartkamp, *Romeinsrechtelijk handwoordenboek*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1973.

Ankum 1975

J.A. Ankum, 'Pignus und novatio im klassischen römischen Recht', in: H. Hüber, E. Klingmüller & A. Wacke (red.), *Festschrift für Erwin Seidl zum 70. Geburtstag*, Köln: P. Hanstein 1975, p. 1-14.

Ankum 1985

J.A. Ankum, 'Le droit romain classique a-t-il connu un droit de *pignus* relatif?', *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 53 (1985), p. 275-290.

Ankum 2005

J.A. Ankum, 'Consequences of a pledge extinguished by merger in classical Roman law', *Fundamina* 11/1 (2005), p. 1-18.

Apathy, Klingenberg & Pennitz 2016

P. Apathy, G. Klingenberg & M. Pennitz, *Einführung in das römische Recht*, Wien: Böhlau Verlag 2016.

Asser/Van Mierlo 3-VI 2016

A.I.M. van Mierlo (m.m.v. K.J. Krzemiński), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel VI. Zekerheidsrechten*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Asser/Sieburgh 6-I 2016

C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel I. De verbintenis in het algemeen, eerste gedeelte*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Babjak 2001

I. Babjak, 'Contractus litteris und die Bankbuchhaltung der Römer', *Revue Internationale des droits de l'Antiquité* 48 (2001), p. 11-17.

Bachofen 1847

J.J. Bachofen, *Das römische Pfandrecht (erster Band)*, Basel: Schweighauser'sche Buchhandlung 1847.

Bähr 1857

O. Bähr, 'Zur Cessionslehre', *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts* 1857 (Bd. 1), p. 351-502.

Baldus 2011

C. Baldus, 'Res incorporales im römischen Recht', in: S. Leible, M. Lehmann & H. Zech (red.), *Unkörperliche Güter im Zivilrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck 2011, p. 7-31.

Baldus 2014

C. Baldus, 'Iura in iuribus alienis? Zu D. 20,1,31 (Scaevola 1. resp.)', in: J. Hallebeek e.a. (red.), *Inter cives necnon peregrinos. Essays in honour of Boudewijn Sirks*, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht unipress, p. 61-76.

Barwick 1964

K. Barwick (red.), *Flavii Sosipatri Charisii Artis grammaticae libri V*, Leipzig: Teubner 1964 (herdruk van 1925).

Becker 1999

C. Becker, *Die 'res' bei Gaius - Vorstufe einer Systembildung in der Kodifikation?: Zum Begriff des Gegenstandes im Zivilrecht (Beiträge zur Neueren Privatrechtsgeschichte, Bd. 12)*, Köln/Berlin/Bonn/München: Heymanns 1999.

Beermann 2000

C. Beermann, *Besitzschutz bei beschränkten dinglichen Rechten. Eine Untersuchung zum Rechtsbesitz: Versuch der Rechtfertigung eines verkannten Instituts aus rechtshistorischer Sicht (IUS VIVENS/Abteilung B: Rechtsgeschichtliche Abhandlungen 10)*, diss. Münster, Münster/Hamburg/Londen: LIT Verlag 2000.

Behrends e.a. 1990

O. Behrends, R. Knütel, B. Kupisch & H.H. Seiler, *Corpus Iuris Civilis, Text und Übersetzung, I. Die Institutionen; auf der Grundlage der von Theodor Mommsen und Paul Krüger besorgten Textausgaben*, Heidelberg: C.F. Müller Juristischer Verlag 1990.

Behrends e.a. 1995

O. Behrends, R. Knütel, B. Kupisch & H.H. Seiler, *Corpus Iuris Civilis, Text und Übersetzung, II. Digesten 1-10, auf der Grundlage der von Theodor Mommsen und Paul Krüger besorgten Textausgaben*, Heidelberg: C.F. Müller Juristischer Verlag 1995.

Birks 1985

P. Birks, 'The Roman law concept of *Dominium* and the idea of absolute ownership', *Acta Juridica* 1985/1, p. 1-37.

Birks 2014

P. Birks, *The Roman law of obligations*, Oxford: Oxford University Press 2014. Het boek is samengesteld door E. Descheemaeker en bevat een serie colleges, die Birks gaf in Edingburgh in 1982.

Black's Law Dictionary 2009

B.A. Garner e.a. (red.), *Black's Law Dictionary*, St. Paul, MN: West 2009.

Blackstone, editie Jones 1976 (herdruk van 1915 op basis van Blackstone's editie van 1788)

W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England (Volume I, containing books 1 & 2)*, Baton Rouge, Louisiana: Claitor's Publishing Division 1976.

Deze editie is samengesteld door W.C. Jones.

Bobbink 2016

R. Bobbink, 'Antichresis: het vergeten zekerheidsrecht. Een historische vergelijking met het Franse recht', *Groninger Opmerkingen en Mededelingen* 2016, p. 77-119.

Brandsma 2013-1

F. Brandsma, 'Pignus nominis: does the pledgee have a *ius in re* or a *ius in personam*?', in: V.A. Leontaritou, K.A. Bourdara & E.S. Papagianni (red.), *ANTIKNHNSΩP. Τιμητικός Τόμος Σπύρου Ν. Τρωιάνου / Antecessor: Festschrift für Spyros N. Troianos*, Athene: Ant. N. Sakkoulas Publishers 2013, p. 227-236.

Brandsma 2013-2

F. Brandsma, “‘Omstanders helpen niet, drenkeling overleden’ – Zuivere nalatigheid, de Lex Aquilia en het huidige recht’, in: A. de Boeck e.a. (red.), *Knelpunten in het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht (Leerstoel professor Constant Matheeußen 7)*, 2013, Brugge: Die Keure, p. 1-20.

Braukmann 2008

M. Braukmann, *Pignus: das Pfandrecht unter dem Einfluss der vorklassischen und klassischen Tradition der römischen Rechtswissenschaft (Quellen und Forschungen zum Recht und seiner Geschichte, Bd. 14)*, diss. Göttingen, Göttingen: Wallstein 2008.

Bremer 1867

F.P. Bremer, *Das Pfandrecht und die Pfandobjecte: Eine dogmatische Untersuchung auf Grundlage des gemeinen Rechts*, Leipzig: Tauchnitz 1867.

Brinz 1873

A. von Brinz, *Lehrbuch der Pandekten (Band I)*, Erlangen: A. Deichert 1873.

Büchel 1833

K. Büchel, *Über die Natur des Pfandrechtes*, Marburg: C. Garthe 1833.

Buckland 1931

W.W. Buckland, *Main Institutions of Roman Private Law*, Cambridge: Cambridge University Press 1931.

Buckland/Stein 1963

W.W. Buckland/P. Stein, *A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian*, Cambridge: University Press 1963.

Bülow 1868

O. Bülow, *Die Lehre von den Prozeßeinreden und die Prozeßvoraussetzungen*, Gießen: Verlag von Emil Roth 1868.

Cato, uitgegeven en vertaald door Hooper & Ash 1934

Cato & Varro, *De Agri Cultura*, uitgegeven en vertaald door W.D. Hooper & H. Boyd Ash, *On Agriculture (Loeb Classical Library 283)*, Cambridge, MA: Harvard University Press 1934.

Cicero, uitgegeven en vertaald door Hubbel 1949

Cicero, *Topica*, uitgegeven en vertaald door H.M. Hubbel, *Cicero. On Invention. The Best Kind of Orator. Topics (Loeb Classical Library 386)*, Cambridge, MA: Harvard University Press 1949.

Corcoran 2013

S. Corcoran, 'Sententiae of Paulus', in: R.S. Bagnall e.a. (red.), *The Encyclopedia of Ancient History*, Oxford: Blackwell Publishing 2013, p. 6152.

Daalder 2014

E.S. Daalder, 'Tekst & Uitleg D. 40,1,10. Paulus imperialium sententiarum in cognitionibus prolatarum ex libris sex libro secundo', *Groninger Opmerkingen en Mededelingen XXXI* (2014), p. 23-30.

Dajczak 2003

W. Dajczak, 'Der Ursprung der Wendung res incorporalis im römischen Recht', *Revue internationale des droits de l'antiquité* 50 (2003), p. 97-118.

David & Nelson 1960

M. David & H.L.W. Nelson, *Gai Institutionum. Commentarii IV mit philologischem Kommentar (Studia Gaiana Volumen III)*, Leiden: E.J. Brill 1960.

Dernburg 1852

H. Dernburg, *Über das Verhältniss der hereditatis petitio zu den erbschaftlichen Singularklagen*, Habilitationsschrift, Heidelberg: Akademische Verlagsbuchhandlung von J.C.B. Mohr 1852.

Dernburg 1860

H. Dernburg, *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts (Band I)*, Leipzig: Verlag von S. Hirzel 1860.

Dernburg 1864

H. Dernburg, *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts (Band II)*, Leipzig: Verlag von S. Hirzel 1864.

Dernburg 1896

H. Dernburg, *Pandekten (Band I: Allgemeiner Theil und Sachenrecht)*, Berlin: H.W. Müller 1896.

Dernburg/Sokolowski 1911

H. Dernburg/P. Sokolowski, *System des römischen Rechts. Der Pandekten*, Berlin: H.W. Müller 1911.

D'Ors 1953

A. d'Ors, 'Aspectos objetivos y subjetivos del concepto de ius', in: V. Arangio-Ruiz & Giuseppe Lavaggi (red.), *Studi in memoria di Emilio Albertario (Vol. II)*, Milano: A. Giuffrè 1953, p. 279-299.

Drechsler 1914

W. Drechsler, *Die actio utilis des Zessionars*, diss. Freiburg, Borna/Leipzig: Robert Noske 1914.

Dubischar 1961

R. Dubischar, *Über die Grundlagen der schulsystematischen Zweiteilung der Rechte in sogenannte absolute und relative: ein dogmengeschichtlicher Beitrag zur Lehre vom subjektiven Privatrecht*, diss. Tübingen, Tübingen: Präzis 1961.

Emunds 2007

C. Emunds, *Solvendo quisque pro alio liberat eum. Studien zur befreienden Drittleistung im klassischen römischen Recht (Freiburger Rechtsgeschichtliche Abhandlungen, Neue Folge 54)*, Berlin: Duncker & Humblot 2007.

Emunds & Harke 2015

C. Emunds & J.D. Harke, 'Das *ius offerendi et succedendi* des nachrangigen Pfandgläubigers', in: J.D. Harke (red.), *Facetten des römischen Pfandrechts. Studien zur Geschichte und Dogmatik des Privatrechts*, Berlin/Heidelberg: Springer 2015, p. 15-38.

Eisele 1906

Fr. Eisele, 'Die actio utilis suo nomine des Zessionars', *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung* 27 (1906), p. 46-70.

Van Es 2005

P.C. van Es, *De actio negatoria. Een studie naar de rechtsvorderlijke zijde van het eigendomsrecht*, diss. Leiden, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005.

Evans-Jones & MacCormack 1998

R. Evans-Jones & G. MacCormack, 'Obligations', in: E. Metzger (red.), *Companion to Justinian's Institutes*, Ithaca, New York: Cornell University Press 1998, p. 127-207.

Exner 1873

A. Exner, *Kritik des Pfandrechtsbegriffes*, Leipzig: Breitkopf und Härtel 1873.

Faber ed. 1607

A. Faber, *Jurisprudentiae Papinianae scientia (tit. XII, de tutelis, principium VIII, illatio LV)*, Lyon: Apud haeredes Iacobi Chouet 1607.

Falcone 2003

G. Falcone, '*Obligatio est vinculum iuris*' (*Annali del Dipartimento di Storia del Diritto Università degli Studi di Palermo, Monografie-2*), Torino: G. Giappichelli Editori 2003.

Falcone 2012

G. Falcone, 'Osservazioni su Gai 2.14 e le *res incorporales*', in: *Annali del seminario giuridico (AUPA). Dipartimento Iura sezione di storia del diritto, università degli studi di Palermo (Vol. LV)*, Torino: G. Giappichelli 2012, p. 125-170.

Von der Fecht 1999

W.-R. von der Fecht, *Die Forderungspfändung im römischen Recht. Der Vollstreckungszugriff auf Forderungen im Rahmen des pignus in causa iudicati captum und des Fiskalrechts der römischen Kaiserzeit (Dissertationen zur Rechtsgeschichte 8)*, diss. Köln, Köln/Weimar/Wien: Böhlau Verlag 1999.

Feenstra 1979

R. Feenstra, *Ius in re. Het begrip zakelijk recht in historisch perspectief. Voordracht gehouden aan de Rijksuniversiteit te Gent op 10 maart 1978 (Thorbecke-Colleges 4)*, Zwolle: Tjeenk Willink/Leiden: Universitaire pers 1979.

Feenstra 1989

R. Feenstra, 'Dominium and ius in re alinea: The Origins of a Civil Law Distinction', in: P. Birks (ed.), *New Perspectives in the Roman Law of Property. Essays for Barry Nicholas*, Oxford: Clarendon Press 1989, p. 111-122.

Feenstra 1994

R. Feenstra, *Romeinsrechtelijke grondslagen van het Nederlands privaatrecht*, Leiden: E.J. Brill/Universitaire pers 1994.

Frier 2016

B.W. Frier (ed.), *The Codex of Justinian. A New Annotated Translation with Parallel Latin and Greek Text based on a translation by Justice Fred H. Blume*, Cambridge: Cambridge University Press 2016.

This translation was published in three volumes: *Volume 1: Introductory Matter and Books I-III. Volume 2: Books IV-VII. Volume 3: Books VIII-XII.*

Gehrich 1963

W.-D. von Gehrich, *Kognitur und Prokurator in rem suam als Zessionsformen des klassischen Römischen Rechts (Göttinger Rechtswissenschaftliche Studien: Bd 48)*, diss. Göttingen, Göttingen: Schwartz 1963.

Gide 1879

P. Gide, *Études sur la novation et le transport des créances en droit romain*, Paris: L. Larose 1879.

Giglio 2012

F. Giglio, 'Pandectism and the Gaian classification of things', *University of Toronto Law Journal* 62/1 (2012), p. 1-28.

Giglio 2013

F. Giglio, 'Coherence and Corporeality: On Gaius II, 12-14', *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung* 130 (2013), p. 127-163.

Girard 1924

P.F. Girard, *Manuel Élémentaire de droit Romain*, Paris: Arthur Rousseau et Cie 1924.

Gizewski 2006¹⁰²⁰

C. Gizewski, 'Cursus honorum', in: H. Cancik, H. Schneider & M. Landfester (red.), *Der Neue Pauly*, Leiden: Brill Online 2006.

Gretton 2007

G.L. Gretton, 'Ownership and its Objects', *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 71/4 (2007), p. 802-851.

Grevesmühl 2003

G. Grevesmühl, *Die Gläubigeranfechtung nach klassischem römischem Recht (Quellen und Forschungen zum Recht und seiner Geschichte, Band X)*, diss. Göttingen, Göttingen: Wallstein 2003.

Gröschler 2002

P. Gröschler, *Actiones in factum. Eine Untersuchung zur Klage-Neuschöpfung im nichtvertraglichen Bereich (Freiburger Rechtsgeschichtliche Abhandlungen. Neue Folge 39)*, Berlin: Duncker & Humblot 2002.

Gröschler 2015

P. Gröschler, 'Pfandrecht und Nießbrauch – Mehrfachbestellung und Konvaleszenz beschränkter dinglicher Rechte im römischen, im gemeinen und im geltenden Recht', in: J.D. Harke (red.), *Facetten des römischen Pfandrechts. Studien zur Geschichte und Dogmatik des Privatrechts*, Berlin/Heidelberg: Springer 2015, p. 39-53.

¹⁰²⁰ De offline editie van *der Neue Pauly* waarin het betreffende stuk stond (Band 3 Cl-Epi) verscheen in 1997 bij J.B. Metzler Verlag te Stuttgart/Weimar. Bij uitgeverij Brill Online verscheen *der Neue Pauly* voor het eerst online in 2006.

Gutsfeld 2006¹⁰²¹

A. Gutsfeld, 'Praefectus praetorio', in: H. Cancik & H. Schneider (red.), *Brill's New Pauly*, Leiden: Brill Online 2006.

Harke 2008

J.D. Harke, 'Zum römischen Recht der Forderungsübertragung', *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis* 76 (2008), p. 1-18.

Harke 2015

J.D. Harke (red.), *Facetten des römischen Pfandrechts. Studien zur Geschichte und Dogmatik des Privatrechts*, Berlin/Heidelberg: Springer 2015.

Harke 2016

J.D. Harke, *Actio utilis: Anspruchsanalogie im römischen Recht (Schriften zur Rechtsgeschichte, Band 175)*, Berlin: Duncker & Humblot 2016.

Hartmann 1880

G. Hartmann, 'Zur Lehre vom Nießbrauch an Rechten insbesondere an Forderungsrechten', *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft Neue Folge* 3 (1880), p. 518-547.

Hekster & Jansen 2015

O. Hekster & C.J.H. Jansen (red.), *De wereld van Hadrianus*, Nijmegen: Uitgeverij Vantilt 2015.

Hellwig 1883

K. Hellwig, *Die Verpfändung und Pfändung von Forderungen nach gemeinem Recht und der Rechts-Civilprozess-Ordnung unter Berücksichtigung des Preussischen Allgemeinen Landrechts und des Sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuchs*, Leipzig: Duncker & Humblot 1883.

Heumann & Seckel 1958

H. Heumann & E. Seckel, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, Graz: Akademische Druck- und Verlagsanstalt 1958.

Van Hoek 1987

J.B.M. van Hoek, 'Waar is het recht?', in: C. Streefkerk & S. Faber (red.), *Ter recognitie: opstellen aangeboden aan prof. mr. H. van der Linden bij zijn afscheid als hoogleraar in de Nederlandse rechtsgeschiedenis aan de Vrije Universiteit*, Hilversum: Uitgeverij Verloren 1987, p. 19-54.

¹⁰²¹ De offline editie van *der Neue Pauly* waarin het betreffende stuk stond (Band 10 Pol-Sal), verscheen in 2001 bij J.B. Metzler Verlag te Stuttgart/Weimar. Bij uitgeverij Brill Online verscheen *der Neue Pauly* voor het eerst online in 2006.

Honoré 1962

T. Honoré, *Gaius*, Oxford: Clarendon Press 1962.

Van Hoof 2015

V. van Hoof, *Generale zekerheidsrechten in rechtshistorisch perspectief* (Serie *Onderneming en Recht*, Deel 86), Nijmegen, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Hoop 1992

G. Hoop, *Kodifikationsgeschichtliche Zusammenhänge des Abtretungsverbots. Die vermögensrechtliche Konzeption ausgewählter naturrechtlicher und pandektischer Kodifikationen und deren Verflechtung (ABGB, ALR, CC, ZGB, BGB, Liechtenstein). Der weite Sachbegriff als Bindeglied zwischen Sachen- und Schuldrecht zum Oberbegriff Vermögensrecht* (Schriften zur Rechtsgeschichte Heft 58), diss. Innsbruck, Berlin: Duncker & Humblot 1992.

Jakab 2011

E. Jakab, 'Chirographum in Theorie und Praxis', in: K. Muscheler (red.), *Römische Jurisprudenz – Dogmatik, Überlieferung, Rezeption: Festschrift für Detlef Liebs zum 75. Geburtstag* (Freiburger rechtsgeschichtliche Abhandlungen Neue Folge 63), Berlin: Duncker & Humblot 2011, p. 275-288.

Jansen 2010

C.J.H. Jansen, 'Het lot van de pandektistiek', *Groninger Opmerkingen en Mededelingen* XXVII (2010), p. 13-26.

Jansen 2007

J.E. Jansen, 'Konfusion über die Konfusion. Over de onnodige relativering van goederenrechtelijke bevoegdheden in artikel 3:81 lid 3', *Groninger Opmerkingen en Mededelingen* XXIV (2007), p. 73-99.

Jansen 2008

J.E. Jansen, 'Potharst/Serrée en het Romeinse recht. Enige opmerkingen over overdracht van een goed onder voorbehoud van een beperkt recht', *Groninger Opmerkingen en Mededelingen* XXV (2008), p. 75-91.

Jansen 2014

J.E. Jansen, 'Tekst & Uitleg (D. 20,1,31 pr en 1)', *Groninger Opmerkingen en Mededelingen* XXXI (2014), p. 39-45.

Jansen 2015

J.E. Jansen, 'Het *tribunal* van de praetor', *Ars Aequi* 2015/4, p. 254-256.

Jones 2006

D.F. Jones, *The bankers of Puteoli. Finance, trade and industry in the Roman world*, Stroud: Tempus 2006.

De Jong 2006

Th. F. de Jong, *De structuur van het goederenrecht. Over het afschaffen van het begrip van de onlichamelijke zaak, het onderscheid tussen rechten en hun voorwerpen en een opening in het systeem*, diss. Groningen, Kluwer: Deventer 2006.

Kaser 1939

M. Kaser, 'Geteiltes Eigentum im älteren römischen Recht', in: M. Kaser, H. Kreller en W. Kunkel (red.), *Festschrift für Paul Koschaker, mit Unterstützung der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Friedrich-Wilhelms-Universität Berlin und der Leipziger juristenfakultät, zum sechzigsten Geburtstag überreicht von seinen Fachgenossen (Band I)*, Weimar: Verlag Hermann Böhlau 1939, p. 445-478.

Kaser 1949

M. Kaser, *Das altrömische ius. Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer*, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht 1949.

Kaser 1953

M. Kaser, 'Gaius und die Klassiker', *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung* 70 (1953), p. 127-178.

Kaser 1956

M. Kaser, *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht (Forschungen zum römischen Recht. Band 1. Teil I)*, Köln: Böhlau 1956.

Kaser 1961

M. Kaser, 'Das Geld im römischen Sachenrecht', *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 29/2 (1961), p. 169-229.

Kaser 1966

M. Kaser, *Handbuch der Altertumswissenschaft. Rechtsgeschichte des Altertums. Band X, 3,4. Das römische Zivilprozeßrecht*, München: C.H. Beck 1966.

Kaser 1967

M. Kaser, 'Die Interessenberechnung bei der vindicatio pignoris', *Rivista internazionale di diritto romano e antico (IURA)* 18 (1967), p. 1-19.

Kaser 1968

M. Kaser, 'Über mehrfache Verpfändung im römischen Recht', in: *Studi in onore di Giuseppe Grosso (Volume Primo)*, Torino: G. Giappichelli 1968, p. 27-76.

Kaser 1969 (= Kaser 1970)

M. Kaser, 'Zum pignus nominis', *IURA* 20 (1969), p. 172-190 (= M. Kaser, 'Zum pignus nominis', in: Y Lobin (red.), *Études offertes à Jean Macqueron*, Aix-en-Provence: Faculté de droit et des sciences économiques d'Aix-en-Provence 1970, p. 399-409.)

Kaser 1971 (RP I)

M. Kaser, *Handbuch der Altertumswissenschaft. Rechtsgeschichte des Altertums. Band X, 3.3.1. Das römische Privatrecht I: Das altrömische, das vorklassische und das klassische Recht*, München: C.H. Beck 1971.

Kaser 1976

M. Kaser, 'Studien zum römischen Pfandrecht', *Tijdschrift voor Rechtsgechiedenis* 44 (1976), p. 233-289 (= Kaser 1982, p. 1-58)

Kaser 1979-1

M. Kaser, 'Studien zum römischen Pfandrecht II, Actio pignoratitia und actio fiducia', *Tijdschrift voor Rechtsgechiedenis* 47 (1979), p. 195-234 en p. 319-345 (= Kaser 1982, p. 59-126).

Kaser 1979-2

M. Kaser, 'Besitzpfand und 'besitzloses' Pfand. Studien zum römischen Pfandrecht III', in: *Studia et documenta historiae et iuris* 45 (1979), p. 1-92 (= Kaser 1982, p. 127-218).

Kaser 1982

M. Kaser, *Studien zum römischen Pfandrecht (Antiqua 16)*, Napoli: Jovene 1982.

Dit boek bestaat grotendeels uit drie eerder gepubliceerde werken. Zie hierboven Kaser 1976, Kaser 1979-1 en Kaser 1979-2.

Kaser 1984

M. Kaser, 'I. "ius honorarium" und "ius civile"', *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung* 101 (1984), p. 1-114.

Kaser/Hackl 1996

M. Kaser/K. Hackl, *Handbuch der Altertumswissenschaft. Rechtsgeschichte des Altertums. Band X, 3,4. Das römische Zivilprozeßrecht*, München: C.H. Beck 1996.

Kaser/Knütel & Lohsse 2017

M. Kaser/R. Knütel & S. Lohsse, *Römisches Privatrecht. Ein Studienbuch*, München: C.H. Beck 2017.

Kleiter 2010

T. Kleiter, *Entscheidungskorrekturen mit unbestimmter Wertung durch die klassische römische Jurisprudenz (Münchener Beiträge zur Papyrusforschung und antiken Rechtsgeschichte 102)*, München: Beck 2010.

Klinck 2013

F. Klinck, 'Zwischen *actio* und Anspruch – Klagebefugnis als Verfügungsgegenstand', in: M. Armgardt, F. Klinck & I. Reichard (red.), *Liber amicorum Christoph Krampe zum 70. Geburtstag (Freiburger Rechtsgeschichtliche Abhandlungen, Neue Folge, Band 68)*, Berlin: Duncker & Humblot 2013, p. 173-191.

Knütel 2009

R. Knütel, 'Zur Auslegung und Entwicklung der Stipulation im klassischen römischen Recht', in: M. Avenarius, R. Meyer-Pritzl & C. Möller (red.), *Ars Iuris. Festschrift für Okko Behrends zum 70. Geburtstag*, Göttingen: Wallstein 2009, p. 223-257.

Knütel 2010

R. Knütel, 'Braukmann M., Pignus. Das Pfandrecht unter dem Einfluß der vorklassischen und klassischen Tradition der römischen Rechtswissenschaft', *Rivista internazionale di diritto romano e antico (IURA)* LVIII (2010), p. 303-319.

De Koninck 1997

C. de Koninck, *Glossarium van Romeinse en Latijnse rechtstermen*, Antwerpen/Apeldoorn: Maklu uitgevers 1997.

Koops 2010

E. Koops, *Vormen van subsidariteit. Een historisch-comparatistische studie naar het subsidariteitsbeginsel bij pand, hypotheek en borgtocht*, diss. Leiden, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010.

Koschaker 1931

P. Koschaker, *Über einige griechische Rechtsurkunden aus den östlichen Randgebieten des Hellenismus (Abhandlungen der Sächsischen Akademie der Wissenschaften, Philologisch-Historische Klasse 42/1)*, Leipzig: Hirzel 1931.

Koschaker 1938

P. Koschaker, 'Emilio Bussi, La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto commune (diritti reali e diritti di obbligazione). Studi di diritto private Italiano e straniero diretti da Mario Rotondi, vol. XXVII. Padova, Cedam, 1937, X u. 377 S.', *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung* 58 (1938), p. 252-266.

Krämer 2007

G. Krämer, *Das besitzlose Pfandrecht: Entwicklungen in der römischen Republik und im frühen Prinzipat*, Keulen/Weimar/Wenen: Böhlau Verlag 2007.

Kreller 1948

H. Kreller, 'Res als Zentralbegriff des Institutionensystems', *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung* 66 (1948), p. 572-598.

Krüger 1874

P. Krüger, 'Zu Exners Pfandrechtsbegriff über l. 7 C. hered. vel act. vend. (4,39)', *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 16 (1874), p. 115-116.

Krüger 1912

P. Krüger, *Geschichte der Quellen und Litteratur des Römischen Rechts*, München/Leipzig: Duncker & Humblot 1912.

Kunkel 1967

W.E.K.F. Kunkel, *Herkunft und Soziale Stellung der Römischen Juristen*, Graz: Böhlau Verlag 1967.

Kunkel/Honsell 1987

Kunkel/Mayer-Maly 1987

Kunkel/Selb 1987¹⁰²²

H. Honsell, T. Mayer-Maly & W. Selb, *Römisches Recht aufgrund des Werkes von Paul Jörs, Wolfgang Kunkel & Leopold Wenger (Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft, Abteilung Rechtswissenschaft)*, Berlin, Heidelberg, New York, London, Paris, Tokyo: Springer 1987.

Lenel 1889

O. Lenel, *Palingenesia. Iuris Civilis (Vol. 2)*, Leipzig: Bernhardi Tauchnitz 1889.

Lenel 2010 (onveranderde herdruk 1927)

O. Lenel, *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung: mit dem für die Savigny-Stiftung ausgeschriebenen Preise gekrönt*, Amsterdam & Aalen: Kloof Booksellers & Scientia Verlag (Onveranderde herdruk van Lenel's boek, zoals dat verscheen in Leipzig in 1927 bij B. Tauchnitz).

¹⁰²² In overeenstemming met de aanbevolen citeerwijze verwijs ik met Kunkel/Honsell naar passages die zijn bewerkt door Honsell; met Kunkel/Mayer-Maly naar passages die zijn bewerkt door Mayer-Maly en met Kunkel/Selb naar passages die zijn bewerkt door Selb.

Liebs 2005

D. Liebs, *Römische Jurisprudenz in Africa mit studien zu den pseudopaulinischen Sentenzen (Freiburger Rechtsgeschichtliche Abhandlungen, Neue Folge, Band 44)*, Berlin: Duncker & Humblot 2005.

Lioni 1885

D.E. Lioni, *De verpanding van inschulden naar het Romeinsch en Nederlandsch recht*, diss. Amsterdam, Amsterdam: Gebroeders Binger 1885.

Lokin 1994

J.H.A. Lokin, 'Het NBW en de pandektistiek', in: M.E. Franke, J.P. Jordaans, J.M. Smits & W.L. Valk (red.), *Historisch vooruitzicht. Opstellen over rechtsgeschiedenis en burgerlijk recht (BW-krant jaarboek)*, Arnhem: Gouda Quint 1994, p. 125-139.

Lokin 1995 (= Lokin 2010)

J.H.A. Lokin, 'The End of an Epoch. Epilegomena to a Century of Interpolation Criticism', in: R. Feenstra e.a. (red.), *Collatio iuris romani: études dédiées à Hans Ankum à l'occasion de son 65 anniversaire*, Amsterdam: Gieben 1995, p. 261-273. (= J.H.A. Lokin, 'The End of an Epoch. Epilegomena to a Century of Interpolation Criticism', in: Th. E. van Bochove (red.), *J.H.A. Lokin, Analecta Groningana ad ius graeco-romanum pertinentia*, Groningen: Chimaira 2010, p. 17-30).

Lokin 2000

J.H.A. Lokin, 'Van handeling naar rechtshandeling. Een kwestie van definitie', *Groninger Opmerkingen en Mededelingen XVII* (2000), p. 17-42.

Lokin & Zwolve 2014

J.H.A. Lokin & W.J. Zwolve, *Hoofdstukken uit de Europese Codificatiegeschiedenis*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014.

Lokin/Brandsma 2016

J.H.A. Lokin/F. Brandsma, *Prota. Vermogenrechtelijke leerstukken aan de hand van Romeinsrechtelijke teksten uitgelegd*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2016.

Luig 1966

K. Luig, *Zur Geschichte der Zessionslehre (Forschungen zur neueren Privatrechtsgeschichte Bd. 10)*, diss. Göttingen, Köln: Böhlau 1966.

Manigk 1916

A. Manigk, 'Hyperocha', in: Paulys Real-Encyclopädie der classischen Altertumswissenschaft (Band IX/1), Stuttgart: J. B. Metzler 1916, kolom 292 t/m 321.

Manthe 2002

U. Manthe, 'Agere und aio: Sprechakttheorie und Legisaktionen', in: M.J. Schermaier e.a. (red.), *Iurisprudentia universalis, Festschrift für Theo Mayer-Maly zum 70. Geburtstag*, Köln/Weimar/Wien: Böhlau Verlag 2002, p. 431-444.

Manthe 2010

U. Manthe, *Gaius. Institutionen. Herausgegeben, übersetzt und kommentiert von Ulrich Manthe*, Darmstadt: WBG 2010.

Manthe 2016

U. Manthe, *Geschichte des römischen Rechts*, München: C.H. Beck 2016.

Mantovani 1999

D. Mantovani, *Le formule del processo privato romana per la didattica delle Istituzioni di diritto romano*, Padova: CEDAM 1999.

Mayer-Maly 1966

T. Mayer-Maly, 'Obligamur necessitate', *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung* 1966 (Band 83), p. 47-67.

Medicus 1962

D. Medicus, *Id quod interest. Studien zum römischen Recht des Schadensersatzes (Forschungen zum römischen Recht, 14. Abhandlung)*, (Habilitationsschrift), Köln/Graz: Böhlau Verlag 1962.

Meijers 1948

E.M. Meijers, *De algemene begrippen van het burgerlijk recht*, Leiden: Universitaire Pers Leiden 1948.

Meijers 1954

E.M. Meijers, *Ontwerp voor een nieuw Burgerlijk Wetboek. Toelichting. Eerste gedeelte (boek 1-4)*, 's-Gravenhage: Staatsdrukkerij- en Uitgeverijbedrijf 1954.

Meijers 1966

E.M. Meijers, 'Le soi-disant "jus ad rem"', in: *Études d'histoire du Droit* (Bd. 4 Le droit romain au moyen âge, uitgegeven door R. Feenstra & H.F.W.D. Fischer), Leiden: Universitaire Pers 1966, p. 175-189. Het betreft een vertaling van E.M. Meijers, 'Het zogenaamde jus ad rem', in: *Mélanges Fernand de Visscher 4 (Revue Internationale des Droits de l'Antiquité 5)*, 1950, p. 183-202.

Meyer 2004

E.A. Meyer, *Legitimacy and Law in the Roman World. Tabulae in Roman Belief and Practice*, Cambridge: Cambridge University Press 2004.

Metzger 2013

E. Metzger, 'An Outline of Roman Civil Procedure', *Roman Legal Tradition* Vol. 9 (2013), p. 1-30.

Mitteis 1908

L. Mitteis, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians. Erster Band: Grundbegriffe und Lehre von den juristischen Personen (Systematisches Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft, erste Abteilung, sechster Teil)*, Leipzig: Duncker & Humblot 1908.

Mori 2016

H. Mori, 'D. 30,86,4: Ursprung der superficies als ius in re aliena?', in: U. Manthe, S. Nishimura & M. Igimi (red.), *Aus der Werkstatt römischer Juristen. Vorträge der Europäisch-Ostasiatischen Tagung 2013 in Fukuoka (Abt. A: Abhandlungen zum Römischen Recht und zur Antiken Rechtsgeschichte)*, Berlin: Duncker & Humblot 2016, p. 277-290.

Moyle 1969

J.B. Moyle, *Imperator Iustiniani Institutionum. Libri Quattuor with introductions, commentary, and excursus*, Oxford: Clarendon Press 1969.

Mühlenbruch 1836

C.F. Mühlenbruch, *Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte*, Greifswald: Mauritius 1836.

Nelson 1981

H.L.W. Nelson, *Überlieferung, Aufbau und Stil von Gai Institutiones (Studia Gaiana, vol. 6)*, Leiden: Brill 1981.

Nelson & Manthe 1999

H.L.W. Nelson & U. Manthe, *Gai Institutiones III §§ 88-181. Die Kontraktionsobligationen. Text und Kommentar (Freiburger Rechtsgeschichtliche Abhandlungen. Neue Folge, Band 35)*, Berlin: Duncker & Humblot 1999.

Nicholas 1962

J.K.B.M. Nicholas, *An Introduction to Roman Law*, Oxford: Clarendon Press; Oxford University Press 1962.

Jolowicz/Nicholas 2008 (onveranderde herdruk 1972)

H.F. Jolowicz/B. Nicholas, *Historical Introduction to the Study of Roman Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2008 (onveranderde herdruk 1972).

Nicosia 1958

G. Nicosia, 'Exceptio utilis', *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung* 75 (1958), p. 251-301.

Noordraven 1988

G. Noordraven, *De Fiducia in het Romeinse recht*, Amsterdam UvA, Deventer: Kluwer, Arnhem: Gouda Quint 1988.

Out 2005

J.C. Out, *Vormen van Accessoriëteit, een romanistische studie over het verschijnsel accessoriëteit bij het goederenrechtelijke zekerheidsrecht*, diss. Leiden, Nijmegen: Gerard Noodt Instituut 2005.

Out 2014

J.C. Out, 'Herverpandingsperikelen, Tekst & Uitleg CJ. 8,23(24), 1pr. Imp. Gordianus A. Lamponi', *Groninger Opmerkingen en Mededelingen XXXI* (2014), p. 69-75.

Van Oven 1948

J.C. van Oven, *Leerboek van Romeinsch Privaatrecht*, Leiden: E.J. Brill 1948.

Van Oven 1958

J.C. van Oven, 'Les Actions Issues De La Stipulation', *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 1958 (vol. 27, nr. 4), p. 391-411.

De Page 1941

H. de Page, *Traité élémentaire de droit civil belge, deel 5*, Brussel: Bruylant 1941.

Pennitz 2010

M. Pennitz, 'Obligatio domini und obligatio servi', in: J.D. Harke (red.), *Drittbeteiligung am Schuldverhältnis. Studien zur Geschichte und Dogmatik des Privatrechts*, Berlin/Heidelberg: Springer Verlag 2010, p. 71-95.

Pflüger 1947

H.H. Pflüger, 'Über körperliche und unkörperliche Sachen', *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung* 1947, p. 339-343.

Pichonnaz 2004

P. Pichonnaz, 'Res incorporales et possessio iuris. Questions choisies sur les relations entre choses et droits', *Orbis Iuris Romani. Journal of Ancient Law Studies* 9 (2004), p. 105-131.

Potjewijd 1998

G.H. Potjewijd, *Beschikkingsbevoegdheid, bekrachtiging en convalescentie. Een romanistische studie*, diss. Leiden, Deventer: Kluwer 1998.

Pugliese 1939

G. Pugliese, *Actio e diritto subiettivo* (R. Università di Roma. Pubblicazioni dell'istituto di diritto Romano dei diritti dell'oriente mediterraneo e di storia del diritto VIII), Milano: A Giuffrè 1939.

Pugliese 1953

G. Pugliese, 'Res corporals, res incorporales e il problema del diritto soggettivo', in: *Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz* (Vol. III), Napoli: Jovene 1953, p. 223-260.

Pugliese 1964

G. Pugliese, 'Diritti reali', in: *Enciclopedia del diritto* vol. XII, Milano: Giuffrè 1964, p. 755-776.

Pugsley 1994

D. Pugsley, 'Gaius or Sextus Pomponius', *Revue Internationale des droits de l'Antiquité* 1994 (41), p. 353-367.

Rainer 1998

J.M. Rainer, 'Max Kaser und die dinglichen Rechte: das Eigentum', *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung* 115 (1998), p. 161-167.

Rastell 1624

J. Rastell, *Les termes de la ley: or, Certaine difficult and obscure vvords and termes of the common laws of this realme expounded*, London: Company of Stationers 1624 (online beschikbaar via Early English Books online).

Reetz 2015

P. Reetz, 'Mora creditoris im römischen Recht', *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 83/3-4 (2015), p. 392-420.

Reischl 2002

K. Reischl, *Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Zivilprozeß* (*Veröffentlichungen zum Verfahrensrecht* 28), Tübingen: Mohr Siebeck 2002.

Riccobono 1928

S. Riccobono, 'Formulae ficticiae, a normal means of creating new law', *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis* 1928 (vol. 9), p. 1-61.

Rozwadowski 1973

W. Rozwadowski, 'Studi sul trasferimento dei crediti in diritto romano', *Bullettino dell'Istituto di diritto romano* 76 (1973), p. 11-170.

Rüfner 2011

T. Rüfner, 'Savigny und der Sachbegriff des BGB', in: S. Leible, M. Lehmann & H. Zech (red.), *Unkörperliche Güter im Zivilrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck 2011, p. 33-48.

Runia 2016

H.H. Runia, *Bescherming van bezit. Een rechtshistorische en leerstellige studie naar de wortels en de totstandkomingsgeschiedenis van de huidige regeling in art. 3:125 BW*, diss. Groningen, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2016.

Von Savigny 1818

F.C. von Savigny, *Das Recht des Besitzes*, Giessen: Heyer 1818.

Schanbacher 1987

D. Schanbacher, *Die Konvaleszenz von Pfandrechten im klassischen römischen Recht (Freiburger Rechtsgeschichtliche Abhandlungen, Neue Folge 9)*, diss. Tübingen 1985, Berlin: Duncker & Humblot 1987.

Schanbacher 2006

D. Schanbacher, 'Zu Ursprung und Entwicklung des römischen Pfandrechts', *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung* 123 (2006), p. 49-70.

Schanbacher 2010

D. Schanbacher, 'Michael Braukmann, Pignus. Das Pfandrecht unter dem Einfluß der vorklassischen und klassischen Tradition der römischen Rechtswissenschaft', *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung* 127. Band (2010), p. 443-448.

Let op: Deze recensie bevat een drukfout, zie *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung* 128 (2011), p. 735.

Schanbacher 2016

D. Schanbacher, 'Hypothekarische Sukzession', *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis* 84 (2016), p. 149-164.

Schlösser 2008

B. Schlösser, *Die Bedeutung der praepositio für den Handelsverkehr im antiken Rom*, diss. Humboldt-Universität zu Berlin, Berlin 2008. <http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:kobv:11-10090390> (link voor het laatst gebruikt op 18 april 2016).

Schmid 1863

A. Schmid, *Die Grundlehren der Cession nach römischem Recht dargestellt. Erster Theil: Die Cessionsform*, Braunschweig: Druck und Verlag von Friedrich Vieweg und Sohn 1863.

Scholten 1954

P. Scholten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen deel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1954.

Schönbacher 1933

E. Schönbacher, 'Paramone, Antichrese und Hypothek. Studien zu P. Dura 10', *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung* 53 (1933), p. 422-450.

Schrage 1977

E.J.H. Schrage, *Actio en Subjectief Recht. Over Romeinse en middeleeuwse wortels van een modern begrip* (oratie VU 31-3-1977), Amsterdam 1977.

Schrage 1996

E.J.H. Schrage, '*Ius in re corporali perfecte disponendi: Property from Bartolus tot the New Dutch Civil Code of 1992*', in: G.E. van Maanen & A.J. van der Walt (red.), *Property Law on the Treshold of the 21st Century*, Antwerpen: Maklu 1996, p. 35-67.

Schulz 1928

F. Schulz, 'Die fraudatorische Freilassung im klassischen und justitianischen römischen Recht', *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung* 48 (1928), p. 197-284.

Schulz 1946

F. Schulz, *History of Roman Legal Science*, Oxford: Clarendon Press 1946.

Schulz 1951

F. Schulz, *Classical Roman Law*, Oxford: Clarendon Press 1951.

Schulz 1961

F. Schulz, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar: H. Böhlau Nachfolger 1961.

Selb 1973

W. Selb, 'Actiones in factum und Formeltechnik (Vorbemerkungen zu einer geplanten Untersuchung)', in: G. Frotz & W. Ogris (red.), *Festschrift Heinrich Demelius zum 80. Geburtstag, Erlebtes Recht in Geschichte und Gegenwart*, Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung 1973, p. 223-235.

Selb 1978

W. Selb, 'Emilio Valiño, Actiones utiles. Ediciones Universidad de Navarra, S.A.', *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung* 95 (1978), p. 490-495.

Selb 1982

W. Selb, 'Formulare Analogien in "actiones utiles" und "actiones in factum" am Beispiel Julians', in: *Studi in onore di Arnaldo Biscardi* (vol. III), Milaan: Istituto editoriale cisalpino, La Goliardica 1982, p. 315-350.

Selb 1984

W. Selb, 'Formulare Analogien in actiones utiles und actiones in factum vor Julian', in: *Studi in onore di Cesare Sanfilippo V (Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza dell' Università di Catania 96)*, Milano: Giuffrè 1984, p. 729-759.

Seneca, uitgegeven en vertaald door Gummere 1917

Seneca, *Epistulae*, uitgegeven en vertaald door R.M. Gummere, *Seneca. Epistles, Volume I: Epistles 1-65 (Loeb Classical Library 75)*, Cambridge, MA: Harvard University Press 1917.

Sheehan 2011

D. Sheehan, *The Principles of Personal Property Law*, Oxford: Hart Publishing 2011.

Sintenis 1836

K.F.F. Sintenis, *Handbuch des gemeinen Pfandrechts*, Halle: Schwetschke und Sohn 1836.

Sirks 1986

B. Sirks, 'La pluralité des créanciers hypothécaires sans rang en droit romain classique et Paul. 5 *ad Plaut.* D. 20,4,13', in: M. Talamanca (red.), *Bullettino dell' istituto di diritto romano. 'Vittorio Scialoja'* (Terza serie – vol. XXVIII, dell' intera collezione Vol. LXXXIX), Milano: A. Giuffrè 1986, p. 305-326.

Sirks 2016

B. Sirks, 'Chirographs: negotiable instruments?', *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung* 133 (2016), p. 265-285.

Sohm

R. Sohm, *Die Lehre vom subpignus*, Rostock: Stiller, 1864.

Sohm/Mitteis/Wenger 1928

R. Sohm, L. Mitteis en L. Wenger, *Institutionen. Geschichte und System des römischen Privatrechts*, München/Leipzig: Duncker & Humblot 1928.

Sotty 1977

R. Sotty, *Recherche sur les utiles actiones. La notion d'action utile en droit romain classique*, diss. Université de Clermont I, Grenoble: SRT 1977.

Spruit 2003

J.E. Spruit, *Cunabula iuris. Elementen van het Romeinse privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2003.

Stanojević 1997

O. Stanojević, 'Gaius and Pomponius. Notes on David Pugsley', *Revue Internationale des droits de l'Antiquité* 1997 (44), p. 333-356.

Steinwenter 1953

A. Steinwenter, 'Prolegomena zu einer Geschichte der Analogie', in: Studi in memoria di Emilio Albertario (Volume Secondo), Milano: A. Giuffrè 1953, p. 103-127.

Stolte 1987

B.H. Stolte, 'Omnis definitio in iure civili periculosa est', in: J.E. Spruit & M. van de Vrugt (red.), *Brocardica in honorem G.C.J.J. van den Bergh. 22 studies over oude rechtsspreuken*, Deventer: Kluwer 1987, p. 103-106.

Strauch 1984

D. Strauch, 'Das geteilte Eigentum in Geschichte und Gegenwart', in: G. Baumgärtel e.a. (red.), *Festschrift für Heinz Hübner zum 70. Geburtstag*, Berlin/New York: Walter de Gruyter 1984, p. 273-294.

Stroux 1949

J. Stroux, *Römische Rechtswissenschaft und Rhetorik*, Potsdam: E. Stichnote 1949.

Tellegen 1994

J.W. Tellegen, "'Res incorporalis" et les codifications modernes du droit civil', in *Labeo* 40/1 (1994), p. 35-55.

Tellegen-Couperus 2001

O.E. Tellegen-Couperus, 'The so-called *consilium* of the praetor and the development of Roman law', *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 2001, p. 11-20.

Theophilus' *Paraphrase* van de *Instituten* van Justinianus

J.H.A. Lokin, R. Meijering, B.H. Stolte en N. van der Wal (eds.), *Theophili Antecessoris Paraphrasis Institutionum* (with a translation by A.F. Murison), Groningen: Chimaira 2010.

Thibaut 1814

A.F.J. Thibaut, *Civilistische Abhandlungen*, Heidelberg: Mohr und Zimmer 1814.

Thomas 1976

J.A.C. Thomas, *Textbook of Roman Law*, Cambridge: Philip McDonald 1976.

Verhagen 2011

H.L.E. Verhagen, 'Das Verfallpfand im frühklassischen römischen Recht. Dingliche Sicherheit im Archiv der Sulpizier', *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 79 (2011), p. 1-46.

Verhagen 2013

H.L.E. Verhagen, 'The evolution of *pignus* in classical Roman law. "*Ius honorarium*" and "*ius novum*"', *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 81 (2013) p. 51-79.

Verhagen 2014

H.L.E. Verhagen, '*Ius honorarium*, equity and real security', in: E. Koops & W.J. Zwalve (red.), *Law & Equity. Approaches in Roman Law and Common Law* (Legal History Library vol. 10, Studies in the History of Private Law), Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers 2014, p. 129-160.

Villey 1949

M. Villey, 'Du sens de l'expression *ius in re* en droit romain', *Revue internationale des droits de l'antiquité* 1949, p. 417-443.

Villey 1957 (= Villey 2002)

M. Villey, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit (Annales de la Faculté de droit et des sciences politiques de Strasbourg IV)*, Paris: Dalloz 1957. Het boek is in 2002 opnieuw uitgegeven in de reeks Bibliothèque Dalloz door R. Sève te Parijs bij uitgeverij Dalloz.

Vriesendorp 1984

R. Vriesendorp, 'Enige opmerkingen over het precarium en de bruikleen', *Groninger Opmerkingen en Mededelingen* 1984, p. 65-81.

Wacke 1969

A. Wacke, 'Prozessformel und Beweislast im Pfandrechtsprätendentenstreit', *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 37, 1969, p. 369-414.

Wacke 1998-1

A. Wacke, 'Max Kasers Lehren zum Ursprung und Wesen des römischen Pfandrechts', *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung* 115 (1998), p. 168-202.

Wacke 1998-2

A. Wacke, 'Die Konvaleszenz von Pfandrechten nach römischem Recht', *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung* 115 (1998), p. 438-461.

Wacke 2000

A. Wacke, 'Erzwingt eine Novation den Verlust bestehender Sicherheiten? Für eine Forderungsauswechselung auch beim Mobiliarpfand', *Deutsche Notar-Zeitschrift* 2000, p. 615-635.

Wacke 2001

A. Wacke, 'Übertragbarkeit des "iuris vinculum" mittels Zession? Zur *duplex interpretatio* römischer Rechtsquellen', in: *Iuris Vincula. Studi in onore di Mario Talamanca* (Band VIII), Napoli: Jovene 2001, p. 333-380.

Watson 1961

A. Watson, 'Actio de dolo and actiones in factum', *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung* 78 (1961), p. 392-401.

Watson 1994

A. Watson, 'Prolegomena to Establishing Pre-Justinianic Texts', *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 62 (1994), p. 113-125.

Wesener 1958

G. Wesener, 'Actiones ad exemplum', *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung* 1958 (75), p. 220-250.

Wesener 1975

G. Wesener, 'Zur Dogmengeschichte des Rechtsbesitzes', in: *Walter Wilburg zum 70. Geburtstag. Festschrift* (Grazer rechts- und staatswissenschaftliche Studien; Bd. 31), Graz: Leykam, 1975, p. 453-476.

Wiarda 1937

J. Wiarda, *Cessie of overdracht van schuldvorderingen op naam naar Nederlandsch burgerlijk recht*, diss. Amsterdam, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1937.

Wieacker 1953

F. Wieacker, 'Griechische Wurzeln des Institutionensystems', *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung* 70 (1953), p. 93-126.

Wieacker 1988

F. Wieacker, *Römische Rechtsgeschichte I: Einleitung, Quellenkunde, Frühzeit und Republik*, München: C.H. Beck 1988.

Wieling 1988

H. Wieling, 'Privilegium Exigendi', *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 56 (1988), p. 279-298.

Wild & Weinstein 2013

C. Wild & S. Weinstein, *Smith & Keenan's English Law. Text and cases*, Harlow: Pearson 2013.

Windscheid 1856

B. Windscheid, *Die Actio des römischen Civilrechts, vom Standpunkte des heutigen Rechts*, Düsseldorf: Buddeus 1856.

Windscheid 1870

B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts (Band I)*, Düsseldorf: Verlagshandlung von Julius Buddeus 1870.

Windscheid 1887

B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts (Band I)*, Frankfurt am Main: Rütten & Loening 1887.

Windscheid/Kipp 1900

B. Windscheid/Th. Kipp, *Lehrbuch des Pandektenrechts (Band I)*, Frankfurt am Main: Rütten & Loening 1906.

Wolf 1998 (= Wolf 2015)

J.G. Wolf, 'Funktion und Struktur der Mancipatio', in: M. Humbert & Y. Thomas (red.), *Mélanges de droit romain et d'histoire ancienne. Hommage à la mémoire de André Magdelain*, Parijs: Panthéon-Assas, p. 501-524.

(= J.G. Wolf, 'Funktion und Struktur der Mancipatio', in: J.G. Wolf, *Recht im frühen Rom. Gesammelte Aufsätze von Joseph Georg Wolf (Freiburger Rechtsgeschichtliche Abhandlungen, Neue Folge, Band 72, Abt. A: Abhandlungen zum Römischen Recht und zur Antiken Rechtsgeschichte)*, Berlin: Duncker & Humblot 2015, p. 115-140.

Wubbe 1958

F.B.J. Wubbe, 'Eine "Lehre vom Subpignus" im Corpus iuris civilis?', *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 26 (1958), p. 133-194.

Wubbe 1960

F.B.J. Wubbe, *Res aliena pignori data. De verpanding van andermans zaak in het klassieke Romeinse recht*, diss. Leiden, Leiden: Universitaire Pers 1960.

Wubbe 1965

F.B.J. Wubbe, 'Ius in re', in: *Pauly/Wissowa's Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft* (Supplementband X), Stuttgart: J.B. Metzler Verlag 1965, kolom 333-343.

Wubbe 1976

F.B.J. Wubbe, 'Der Streitwert bei der actio Serviana', in: D. Medicus und H.H. Seiler (red.), *Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag*, München: C.H. Beck 1976, p. 179-200.

Zimmermann 1996

R. Zimmermann, *The law of obligations: Roman foundations of the civil law tradition*, Oxford: Oxford University Press 1996.

De Zulueta 1946

F. de Zulueta, *The Institutes of Gaius. Part I, Text with critical notes and translation*, Oxford: Clarendon Press 1946.

De Zulueta 1953

F. de Zulueta, *The Institutes of Gaius. Part II: Commentary*, Oxford: Clarendon Press 1953.

Zwalve 1981

W.J. Zwalve, *Proeve ener theorie der denegatio actionis. Een onderzoek naar de positie van de magistraat in het Romeinse burgerlijke procesrecht*, diss. Groningen, Deventer: Kluwer 1981.

Zwalve 1983

W.J. Zwalve, 'Enige opmerkingen over het pandrecht op vorderingen', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* (hierna: WPNR) 5674 (1983), p. 713-718, vervolgd in WPNR 5723 (1985), p. 1-5.

Zwalve 1994-1

W.J. Zwalve, 'Enige opmerkingen over art. 3:242 BW. Een kleine "pandektistische" exercitie over de samenhang tussen de constructie der herverpanding en die van de verpanding van door een pandrecht verzekerde vorderingen', in: T. Hartlief, A.H.T. Heisterkamp en W.H.M. Reehuis (red.), *CJHB (Brunner-bundel)*, Deventer: Kluwer 1994, p. 441-450.

Zwalve 1994-2

W.J. Zwalve, *Het Proteïsch Paradigma*, oratie Leiden, Groningen: Wolters-Noordhoff 1994.

Zwalve 1998

W.J. Zwalve, *Keizers, soldaten en juristen. Vijf Romeinse juridische biografieën*, Deventer: Kluwer 1998.

Zwalve 2006-1

W.J. Zwalve, *Simplex et perpetuum. Beschouwingen over eigendom en tijd*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

Zwalve 2006-2

W.J. Zwalve, *Hoofdstukken uit de Geschiedenis van het Europese Privaatrecht I. Inleiding en zakenrecht.*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

Zwalve 2008

W.J. Zwalve, *C.Æ. Uniken Venema's Common Law & Civil Law. Inleiding tot het Anglo-Amerikaanse vermogensrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008.

Zwalve 2009

W.J. Zwalve, 'Exit bos frisca. The Tolsum tablet and Roman law', *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 77 (2009), p. 355-366.

Zwalve 2010

W.J. Zwalve, 'Feuerversicherungsfall und römisches Recht. Einige Bemerkungen zur römischen Zessionslehre', *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung* 127 (2010), p. 296-309.

Zwalve & Sirks 2012

W.J. Zwalve & A.J.B. Sirks, *Grundzüge der Europäischen Privatrechtsgeschichte*, Köln: Böhlau Verlag 2012.

Zwalve 2014

W.J. Zwalve, 'Hyperocha', in: F. Verstijlen, F.J. Beekhoven van den Boezem & G. Bergervoet (red.), *Groninger zekerheid. Liber amicorum Wim Reehuis*, Deventer: Kluwer, p. 517-534.

Bibliografische gegevens van de door mij gebruikte delen uit de serie
CORPUS IURIS CIVILIS, *Tekst en Vertaling*

Deel I

J.E. Spruit, R. Feenstra, K.E.M. Bongenaar (red.), *Corpus iuris civilis, tekst en vertaling, Institutiones*, Amsterdam: KNAW Press 2008.

Deel II

J.E. Spruit, R. Feenstra, K.E.M. Bongenaar (red.), *Corpus iuris civilis, tekst en vertaling, Digesten 1-10*, Amsterdam: Amsterdam University Press/Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen 1994.

Deel III

J.E. Spruit, R. Feenstra, K.E.M. Bongenaar (red.), *Corpus iuris civilis, tekst en vertaling, Digesten 11-24*, Amsterdam: Amsterdam University Press/Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen 1996.

Deel IV

J.E. Spruit, R. Feenstra, K.E.M. Bongenaar (red.), *Corpus iuris civilis, tekst en vertaling, Digesten 25-34*, Amsterdam: Amsterdam University Press/Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen 1997.

Deel V

J.E. Spruit, R. Feenstra, F.B.J. Wubbe (red.), *Corpus iuris civilis, tekst en vertaling, Digesten 35-42*, Zutphen/'s-Gravenhage: Walburg Pers/Sdu 2000.

Deel VI

J.E. Spruit, R. Feenstra, F.B.J. Wubbe (red.), *Corpus iuris civilis, tekst en vertaling, Digesten 43-50*, Zutphen/'s-Gravenhage: Walburg Pers/Sdu 2001.

Deel VII

J.E. Spruit, J.M.J. Chorus, L. de Ligt (red.), *Corpus iuris civilis, tekst en vertaling, Codex Justinianus 1-3*, Amsterdam: Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen 2005.

Deel VIII

J.E. Spruit, J.M.J. Chorus, L. de Ligt (red.), *Corpus iuris civilis, tekst en vertaling, Codex Justinianus 4-8*, Amsterdam: Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen 2007.

Deel IX

J.E. Spruit, J.M.J. Chorus, L. de Ligt (red.), *Corpus iuris civilis, tekst en vertaling, Codex Justinianus 9-12*, Amsterdam: KNAW Press/Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen 2010.

Trefwoordenregister

A

- Accessoriëteit, 87
- Actio ex lege Aquilia*, 22, 165, 166, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 205, 208, 246
- Actio fiduciae*, 88, 89, 90
- Actio in personam*, zie persoonlijke actie
- Actio in rem*, zie zakelijke actie
- Actio pignoratitia*, 93, 100, 135, 241, 252, 253, 254, 255, 256, 273, 285, 289, 299
- Actio Publiciana*, 105, 194, 202, 215, 233, 302, 303, 326
- Actio Serviana*, 33, 34, 35, 62, 63, 64, 67, 68, 69, 87, 90, 92, 93, 94, 96, 97, 98, 105, 106, 107, 108, 127, 134, 135, 138, 139, 144, 149, 150, 173, 207, 229, 235, 240, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 251, 253, 254, 257, 258, 259, 261, 263, 272, 275, 283, 284, 287, 288, 289, 295, 296, 297, 299, 300, 303, 305, 308, 324
- Actiones fictitiae*, 215, 233, 303

B

- Beschikkings(on)bevoegdheid, 96, 108, 109, 120, 173, 245, 261
- Bezit, zie met name § 3.4. Zie ook 24, 29, 30, 33, 47, 48, 51, 62, 90, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 107, 110, 126, 135, 136, 137, 141, 143, 144, 153, 215, 216, 233, 240, 244, 246, 247, 253, 263, 283, 285, 287, 289, 295, 296, 299, 303, 309
- Bezitsverschaffing, 47, 48, 54, 88, 96, 118, 120, 175, 189
- Borg(tocht), zie met name § 4.1. Zie ook p. 46, 67, 68, 83, 182, 231, 242, 251, 272

C

- Cautio*, zie schuldbekentenis
- Cautio rem ratam dominum habiturum*, 231, 232, 236
- Cessie, zie met name § 3.5. Zie ook 131, 137, 149, 168, 169, 184, 186, 188, 189, 190, 191, 210, 211, 213, 218, 224, 225, 227, 229, 235, 236, 237, 262, 285, 286, 287, 290, 307, 309
- Chirograaf, 154, 155, 156, 161
- Clausula arbitraria*, zie restitutieclausule

Condemnatio, 18, 27, 28, 29, 34, 71,
165, 177, 217, 218, 220, 230, 247,
260, 261, 288, 297, 300, 301

Condictio, 24, 222, 238, 245

Contractus litteris, 154, 156, 161,
162, 163, 165, 169, 171

D

Datio in solutum, zie inbetalinggeving

Denuntiatio, zie mededeling

Derdenpand, 9, 293

Dominium, zie met name § 5.1. Zie
ook 95, 99, 100, 103, 112, 126,
150, 168, 237

E

Erfdienstbaarheid, 14, 29, 39, 47, 49,
50, 54, 57, 58, 112, 113, 120, 138,
141, 149, 204, 205, 207, 208, 209

Exceptie, 28, 29, 76, 97, 133, 135,
142, 147, 158, 159, 163, 164, 165,
186, 187, 235, 236

– van aangegane schikking, 187

– van gewijsde zaak, 135

– wegens wangedrag (*doli*), 76, 77,
159, 186

– inzake procesvertegenwoordiging,
230-236

– *litis dividuae*, 271

– *non numeratae pecuniae*, 158,
163- 165

– *rei iudicatae vel in iudicium
deductae*, 29

– *rei venditae et traditae*, 97

F

Fiducia, zie met name § 4.2. Zie ook
1, 88, 89

H

Herverpanding, zie met name
§ 5.3.2. Zie ook 207, 284, 308

Hypotheek (*Hypotheca*), zie met
name § 4.3. Zie ook 63, 67, 95, 98,
132, 133, 157, 159, 240, 242, 251,
254, 256

I

Inbetalinggeving, 99

Interpolatie, zie met name de bijlage.
Zie ook 39

Ius honorarium, zie praetorisch recht

Ius in re, zie met name § 5.1. Zie ook
56, 90, 133, 134, 144, 204, 283,
289, 308

L

Lex Aelia Sentia, 108

Lex Aquilia, zie *actio ex lege Aquilia*.

Litis aestimatio, 97, 268

Litis contestatio, 17, 27, 28, 32, 67,
68, 69, 72, 74, 75, 87, 185, 186,
271, 295

M

Mancipatio, 47, 48, 88, 89, 90, 103,
117, 118, 119, 215

Mededeling, 9, 77, 100, 146, 153,
164, 181, 182, 184, 185, 191, 252,
257, 263, 270, 286, 290, 294, 307

N

Natuurlijke verbintenis, 15, 22, 135, 298

Nemo plus, zie met name § 5.3.1. Zie ook 14, 35, 129, 248

Novatio, 60, 61, 63, 64, 65, 68, 70, 229, 250

O

Obligatio, 19, 20, 21, 28, 37, 45, 46, 49, 51, 60, 61, 125, 135, 160, 226

P

Persoonlijke actie, zie met name § 3.2. Zie ook 21, 22, 67, 85, 88, 89, 111, 112, 131, 183, 204, 243, 248, 253, 257, 263, 288, 289, 290, 298, 299

Pignoris loco, zie met name § 10.2. Zie ook 142, 147, 173

Pignus in causa iudicati captum, 21, 175, 177, 178

Praetorisch recht, zie met name § 2.2. Zie ook 77, 85, 138, 168, 194, 216, 227, 229, 234, 284, 285, 286, 287, 307

Precarium, 50, 57, 58, 96

Procurator in rem suam, 59, 73, 74, 150, 185, 188, 189, 211, 218, 225, 230, 235, 236, 237, 301

R

Reivindicatio, 30, 90, 94, 110, 127, 147, 202, 204, 207, 215, 302, 326

Res, zie zaak

Restitutieclausule, 29, 30, 31, 33, 34, 94, 246, 247, 254, 263, 288, 297

Retentierecht, 274, 275, 276

S

Satisfactio, 84, 85

Schuldbekentenis, 77, 78, 152-154, 158, 162, 164, 165, 174, 175, 231, 279, 306, 329

Schuldeisersverzuim, 68, 87, 98, 240, 241, 261, 283, 284, 303, 305

Senatusconsultum Trebellianum, 73, 228, 233, 286, 306

Senatusconsultum Velleianum, 62

Subpignus, zie herverpanding

Subsidiariteit, 148

Succedere in locum, 64, 65, 66, 68

Superfluum, 65, 100, 101, 108, 249, 250, 252, 254, 255, 257, 270, 288, 289, 298

T

Traditio, 47, 48, 54, 59, 95, 97, 99, 118, 119, 120, 175, 189, 215

V

Verjaring, 22, 48, 57, 58, 96, 112, 144, 202, 215, 233, 283, 302

Vermenging, 132, 134, 135, 139, 147, 284, 308

Verrekening, zie met name § 10.1. Zie ook 210, 267, 272

Vertegenwoordiging, 223, 231, 232

Vervalbeding, 100, 106

Vervalpand, 98, 99, 107

Vuistpand, 94, 96, 143, 153, 175, 246, 283, 287, 296

W

Wettelijk pandrecht, 122

Z

Zaak

– Lichamelijk, 2, 3, 8, 9, 19, 23, 24, 29, 32, 37, 40, 42, 52, 54, 56, 57- 60, 62, 81, 90, 91, 94, 109, 113, 122-132, 137, 138, 143, 147, 148, 153, 173, 177, 204, 229, 240, 241, 244, 245, 247, 261, 263, 267, 268, 271, 274, 276, 280, 283, 284, 285, 286, 287, 293, 294, 295, 309, 310, 332

– Onlichamelijk, zie met name § 3.3 en § 5.2. Zie ook 2, 5, 48, 58-61, 88, 125-132, 137, 138, 284, 285, 290, 309, 310

Zaaksgevolg, 108, 290

Zaakwaarneming, 20, 212

Zakelijke actie, zie met name § 3.2. Zie ook 3, 32, 33, 34, 35, 93, 94, 107, 111, 112, 113, 127, 136, 158, 247, 248, 249, 251, 253, 257, 288, 289, 297, 299

Bronnenregister

Corpus Iuris Civilis

Codex Justinianus

Constitutio Cordi § 1-2: 336

Constitutio Haec § 2: 336, 337

Constitutio Summa § 1: 335, 337

Constitutio Summa § 3: 335

C. 2,57,1: 177

C. 4,10,1: 74

C. 4,10,2: 74

C. 4,10,6: 149, 251

C. 4,10,7,1: 251

C. 4,15,5: 75

C. 4,24,4: 100

C. 4,24,6: 255

C. 4,30,1: 158

C. 4,30,2: 158

C. 4,30,3: 159

C. 4,30,14: 159

C. 4,32,19,2: 240, 303, 327

C. 4,35,22: 190

C. 4,38,13: 20

C. 4,39,7: 74, 77, 82, 151, 154, 279, 306, 329

C. 4,39,8: 74, 150, 228, 237

C. 4,64,1: 202

C. 5,58,2: 211

C. 6,37,18: 75

C. 7,31,1,5: 89

C. 8,13,13: 99

C. 8,13(14),15: 109

C. 8,15,5: 96

C. 8,16(17),4: 4, 7, 79, 146, 151, 170, 175, 181, 183, 185, 191, 240, 243, 246, 260, 262, 268, 273, 293, 296, 303, 304, 319, 327

C. 8,17(18),1: 251

C. 8,17(18),6: 251

C. 8,17(18),8: 252

C. 8,17(18),11,1: 95

C. 8,18(19),1: 65, 251

C. 8,19(20),1pr.: 251, 254, 299, 324

C. 8,22(23): 175

C. 8,23(24),1: 145

C. 8,26(27),1pr.: 63

C. 8,27(28),4: 98

C. 8,27(28),9: 98

C. 8,27(28),12: 108, 109

C. 8,27(28),20: 100, 251, 253

C. 8,34(35),3: 99

C. 8,37(38),1: 159

C. 8,37(38),10: 160

C. 8,40(41): 28, 86

C. 8,41(42),3pr.: 184, 185

C. 8,53(54),33pr.-1: 75

D. 5,1,18,1: 213

D. 5,3,20,11: 182

D. 6,1,68: 30, 268

D. 6,1,70: 30

D. 7,1,2: 114

D. 7,1,4: 116

D. 7,1,13,3: 206

D. 7,1,17,3: 205

D. 7,5,3: 203

D. 7,6,5pr.: 113, 120

D. 8,1,14pr.: 50, 57

D. 8,1,16: 149, 207

D. 8,1,20: 53, 54

D. 8,2,20pr.: 57

D. 8,2,26: 120

D. 8,4,2: 57

D. 8,5,4pr.: 113

D. 8,5,10pr.: 53

D. 9,2,7,6: 198

D. 9,2,9pr.: 198

D. 9,2,9,2: 198

D. 9,2,11,10: 205

D. 9,2,12: 205

D. 9,2,27,32: 206

D. 9,2,40: 165

D. 9,2,41: 166

D. 9,2,53: 205

D. 9,4,30: 111

D. 9,4,36: 97

D. 10,3,7,6: 206

Digesten

D. 1,1,7,1,17: 194

D. 1,1,8: 194

D. 1,2,2,10: 17

D. 1,8,1,1: 37, 38, 42

D. 2,8,15,1: 54

D. 2,14,1,3: 174

D. 2,14,7,12: 160

D. 2,14,16pr.: 74, 76, 186, 188

D. 2,15,17: 187

D. 3,3,16: 72

D. 3,3,25: 72

D. 3,3,33,3: 231

D. 3,3,55: 72, 188, 189

D. 3,3,67: 20

D. 3,5,46(47),1: 203

D. 4,3,7,4: 205

D. 4,4,3,8: 182

D. 4,4,50: 62

D. 4,6,2pr.: 176

D. 4,6,23,2: 54

D. 10,4,3,3: 33	D. 13,7,42: 100
D. 10,4,3-7: 32	D. 14,1,1pr.: 220
D. 10,4,3,14: 32	D. 14,1,1,4: 223
D. 11,3,9,1: 205	D. 14,1,1,7: 219
D. 11,7,2,9: 110	D. 14,1,1,9: 219, 301, 325
D. 12,1,24: 258	D. 14,1,1,24: 220
D. 12,1,25: 121	D. 14,1,5,1: 220, 301
D. 12,1,40: 78, 155, 157	D. 14,3,1-2: 212
D. 12,3,1: 30	D. 14,3,5,12: 223
D. 12,3,2: 30	D. 14,3,7,1: 223
D. 12,3,4,2: 30	D. 14,3,11,8-14,3,12: 224
D. 12,3,8: 30	D. 14,3,12pr.: 223
D. 12,6,1,1: 182	D. 14,3,19pr.: 224
D. 12,6,46: 40	D. 16,1,13,1: 62, 63, 93
D. 13,4,11,8: 223	D. 17,1,7: 176
D. 13,5,24: 162	D. 17,1,29,2-3: 182
D. 13,7,1pr.: 95	D. 17,1,56,3: 176
D. 13,7,4: 100	D. 18,4,6: 149
D. 13,7,5: 100	D. 18,4,23pr.: 189
D. 13,7,9,1: 242	D. 18,6,1,3: 241
D. 13,7,9,2: 95	D. 19,5: 199
D. 13,7,11pr.: 68	D. 19,5,2: 199
D. 13,7,11,1: 63	D. 19,5,3: 199
D. 13,7,16,2: 138	D. 19,5,11: 197
D. 13,7,18pr.: 8, 170, 173, 175, 182, 262, 267, 274, 294, 304, 319, 327	D. 20,1,3,1: 35, 139, 249, 333
D. 13,7,18,2: 108	D. 20,1,4: 157
D. 13,7,28pr.: 93, 97	D. 20,1,5pr.: 242
D. 13,7,30: 95	D. 20,1,5,1: 97
D. 13,7,37: 96	D. 20,1,9,1: 91
D. 13,7,40,2: 142, 143	D. 20,1,11,1: 274

D. 20,1,11,2: 110, 133	D. 27,3,1,13: 211
D. 20,1,11,3: 141	D. 27,3,21: 210
D. 20,1,12: 141	D. 27,9,1,4: 120
D. 20,1,13,2: 8, 78, 142, 147, 151, 170, 262, 267, 274, 294, 304, 327	D. 27,9,2: 121
D. 20,1,13,4: 67, 135	D. 30,44,5: 167
D. 20,1,15,2: 256	D. 30,44,6: 15, 50
D. 20,1,16,3: 33	D. 31,66,6: 115
D. 20,1,17: 33, 247	D. 32,59: 166
D. 20,1,20: 152, 174	D. 32,64: 78, 152
D. 20,1,29pr.: 97	D. 32,95: 40
D. 20,1,31pr.-1: 139	D. 33,2,37: 204
D. 20,3,3: 66, 251	D. 35,2: 114
D. 20,4,3pr.: 64	D. 35,2,1,7: 114
D. 20,4,11,4: 240	D. 36,1,61(59)pr.: 135
D. 20,4,12pr.: 195	D. 37,1,3,1: 52
D. 20,4,12,5: 65, 66, 250, 251, 299, 323	D. 37,5,6: 16
D. 20,4,12,6: 251	D. 39,1,6: 231
D. 20,4,12,7: 251	D. 39,2,13,1: 111
D. 20,4,20: 256	D. 39,2,19pr.: 111
D. 20,4,21pr.: 63	D. 39,2,39,3: 231
D. 20,5,5pr.: 251	D. 39,3,3,3-4: 207
D. 20,5,7,2: 110	D. 39,3,22pr.-2: 208
D. 20,6,8pr.: 132	D. 41,1,43,1: 48
D. 21,1,31,8: 275	D. 41,2,3pr.: 51
D. 21,2,66pr.: 33	D. 41,2,3,1: 52
D. 21,3: 97	D. 41,2,12,1: 56
D. 22,3,23: 173	D. 41,2,38: 182
D. 25,2,9: 30	D. 41,2,52pr.: 56
D. 26,7,9pr.: 217	D. 41,3,4,26(27): 50
	D. 41,3,16: 96

D. 42,1,15,8: 178, 281	D. 44,7,38: 161
D. 42,1,15,10: 281	D. 44,7,44,6: 70
D. 42,1,31: 177	D. 44,7,51: 15
D. 42,3,1: 121	D. 44,7,53,1: 167
D. 42,5,24,1: 121, 152	D. 45,1,5,1: 46
D. 42,5,33,1: 32	D. 45,1,5,2: 83
D. 43,16: 3, 17, 55	D. 45,3,39: 39
D. 43,16,1pr.: 54	D. 46,1,36: 252
D. 43,16,3: 55	D. 46,1,60: 70
D. 43,16,3,13: 55	D. 46,1,70,2: 114
D. 43,16,3,17: 55	D. 46,2,2: 70
D. 43,17,1,2: 56	D. 46,2,29: 68
D. 43,18,1,2: 54	D. 46,3,43: 69
D. 43,18,1,9: 138, 209	D. 46,3,76: 210
D. 43,19,7: 57	D. 46,5,5: 212
D. 43,26,2pr.: 58	D. 46,5,7: 85
D. 43,26,2,3: 57, 58	D. 46,8,23: 231
D. 43,26,3: 58	D. 47,2,15,2: 275
D. 43,26,6,4: 96	D. 47,2,27,1: 166
D. 43,26,15,2: 38, 51	D. 50,13: 176
D. 43,33: 92	D. 50,16,25, 116
D. 43,33pr.-1: 92	D. 50,16,25pr.: 115
D. 44,2,19: 256	D. 50,16,70: 168
D. 44,2,30,1: 134	D. 50,16,143: 15
D. 44,3,14,3: 144	D. 50,17,25: 87
D. 44,7,1,1: 164	D. 50,17,53: 182
D. 44,7,1,6: 96	D. 50,17,54: 14, 35, 139, 248
D. 44,7,3pr.: 19	D. 50,17,175,1: 14, 35
D. 44,7,25pr.: 24	D. 50,17,202: 12
D. 44,7,35: 202, 215, 302, 326	

Instituten van Justinianus

Justinianus' *Instituten* 2,1-2: 36

Justinianus' *Instituten* 2,2pr.-2,2,2: 37

Justinianus' *Instituten* 2,2,2: 38

Justinianus' *Instituten* 3,13pr.: 20, 298

Justinianus' *Instituten* 3,21: 163

Justinianus' *Instituten* 4,6pr.: 15

Justinianus' *Instituten* 4,6,1: 24

Justinianus' *Instituten* 4,6,4: 194

Justinianus' *Instituten* 4,6,7: 93, 95

Justinianus' *Instituten* 4,6,28: 255

Justinianus' *Instituten* 4,6,31: 31, 33, 247

Gaius' *Instituten* 2,2-9: 36

Gaius' *Instituten* 2,9: 37

Gaius' *Instituten* 2,10-11: 36

Gaius' *Instituten* 2,12-14: 37, 122

Gaius' *Instituten* 2,14a: 47

Gaius' *Instituten* 2,15: 47

Gaius' *Instituten* 2,17: 47

Gaius' *Instituten* 2,18-20: 48

Gaius' *Instituten* 2,28: 48

Gaius' *Instituten* 2,30: 119

Gaius' *Instituten* 2,33: 117

Gaius' *Instituten* 2,38: 59, 60

Gaius' *Instituten* 2,38-39: 46

Gaius' *Instituten* 2,39: 62

Gaius' *Instituten* 2,84: 49, 60

Gaius' *Instituten* 2,97: 37

Gaius' *Instituten* 2,218: 39

Gaius' *Instituten* 2,249: 176

Gaius' *Instituten* 2,252: 228

Gaius' *Instituten* 2,253: 73, 229

Gaius' *Instituten* 2,278: 233

Gaius' *Instituten* 3,81: 200

Gaius' *Instituten* 3,88: 22

Gaius' *Instituten* 3,89: 164

Gaius' *Instituten* 3,92: 46, 83

Gaius' *Instituten* 3,93: 169

Gaius' *Instituten* 3,115: 84

Gaius' *Instituten* 3,116: 83

Gaius' *Instituten* 3,119a: 84

Gaius' *Instituten* 3,120: 169

Overige bronnen

Fragmenta Vaticana

9: 99

47: 119

47a: 118

91: 55

Gaius

Gaius' *Epitome* 2,1,2: 38

Gaius' *Instituten* 1,8: 36

Gaius' *Instituten* 1,119: 47, 119

Gaius' *Instituten* 2: 39, 70

Gaius' *Instituten* 2,1: 37

Gaius' *Instituten* 2,2,2: 42

Gaius' *Instituten* 3,121: 84
 Gaius' *Instituten* 3,128: 154, 164, 171
 Gaius' *Instituten* 3,131: 171
 Gaius' *Instituten* 3,134: 154, 156, 169
 Gaius' *Instituten* 3,155-156: 71
 Gaius' *Instituten* 3,160: 72
 Gaius' *Instituten* 3,176: 61, 70
 Gaius' *Instituten* 3,180: 28
 Gaius' *Instituten* 3,202: 201
 Gaius' *Instituten* 3,219: 201
 Gaius' *Instituten* 4,2: 22, 23, 298
 Gaius' *Instituten* 4,3: 23, 113
 Gaius' *Instituten* 4,5: 127
 Gaius' *Instituten* 4,11: 25
 Gaius' *Instituten* 4,13: 25
 Gaius' *Instituten* 4,16: 25, 56
 Gaius' *Instituten* 4,30: 25
 Gaius' *Instituten* 4,34: 216, 229
 Gaius' *Instituten* 4,35: 217, 229
 Gaius' *Instituten* 4,36: 215
 Gaius' *Instituten* 4,37: 215, 302, 326
 Gaius' *Instituten* 4, 39: 18
 Gaius' *Instituten* 4,40: 18
 Gaius' *Instituten* 4,41: 18, 26
 Gaius' *Instituten* 4,43: 18, 27
 Gaius' *Instituten* 4,47: 17
 Gaius' *Instituten* 4,48: 29, 177, 268
 Gaius' *Instituten* 4,51: 260

Gaius' *Instituten* 4,54: 258
 Gaius' *Instituten* 4,62: 255, 264, 300, 324
 Gaius' *Instituten* 4,71: 212, 219, 301, 325
 Gaius' *Instituten* 4,83: 71
 Gaius' *Instituten* 4,84: 71
 Gaius' *Instituten* 4,86: 71, 218, 230
 Gaius' *Instituten* 4,88: 26
 Gaius' *Instituten* 4,107: 28
 Gaius' *Instituten* 4,115: 18
 Gaius' *Instituten* 4,116: 158
 Gaius' *Instituten* 4,122: 271
 Gaius' *Instituten* 4,131: 258
 Gaius' *Instituten* 4,136: 260
 Gaius' *Instituten* 4,138-139: 53
 Gaius' *Instituten* 4,147: 92

Paulus

Paulus' *Sententiae* 3,6,11: 50
 Paulus' *Sententiae* 5,7,2: 160

Theophilus

Paraphrase van de *Instituten* van Justinianus 2,23,4 r. 10-14: 234
 Paraphrase van de *Instituten* van Justinianus 2,23,9 r. 13: 234

Ulpianus

Ulpianus' *Epitome* 1,19: 112
 Ulpianus' *Epitome* 19,11: 59, 88